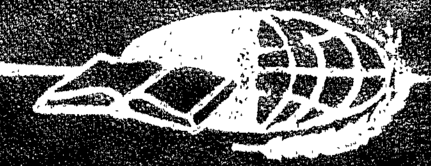


شرح
فتح القدير

تأليف

الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي
ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي
المتوفى سنة ٦٨١ هـ

على

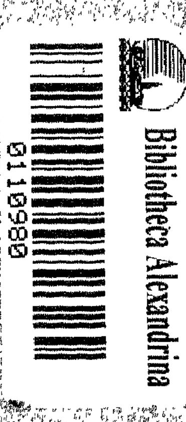
الهداية : شرح بداية المبتدي

تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني

المجلد الثالث

المكتبة التجارية
مصطفى أحمد الباز




Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)





شرح فتح القدير

تأليف

الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسى
ثم السكندرى المعروف بابن الهمام الحنفى
المتوفى سنة ٦٨١هـ

على

الهداية : شرح بداية المبتدى

تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين على بن أبى بكر المرغينانى
المتوفى سنة ٥٩٣هـ

١ ـ شرح العناية على الهداية للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتى المتوفى سنة ٧٨٦ هـ .

٢ ـ حاشية المحقق سعد الله بن عيسى المفتى الشهير بسعدى جلبى وبسعدى أفندى المتوفى سنة ٩٤٥ هـ .

ويليه

تكملة شرح فتح القدير المسماة « نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار » لشمس الدين أحمد المعروف بقاضى زاده المتوفى سنة ٩٨٨ هـ .

الجزء الثالث

دار الفكر

دار الفكر
بيروت
لبنان

المكاتب: البناية المركزية - هاتف: ٢٤٤٧٣٩ - ص.ب: ١١/٧٠٦١
المطابع والمعمل: حارة حريك - شارع عبد النور - هاتف: ٢٧٣٦٥٠ - ٢٧٣٤٨٧
برقياً: فكسي - تلكس ٤١٣٩٢ فكر FIKR 41392 LE

« مَنْ يُرِدِ اللهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ »

« حديث شريف »

بسم الله الرحمن الرحيم

(باب التمتع)

(التمتع أفضل من الإفراد عندنا) وعن أبى حنيفة رحمه الله أن الإفراد أفضل لأن المتمتع سفره واقع لعمرته والمفرد سفره واقع لحجته . وجه ظاهر الرواية أن فى التمتع جمعا بين العبادتين فأشبه القران ثم فيه زيادة نسك وهى

(باب التمتع)

(قوله وجه الظاهر أن فى التمتع جمعا بين العبادتين فأشبه القران) حقيقة هذا الوجه أنه ثبت أنه عليه الصلاة والسلام حج قارنا ، ومعلوم أن ما ارتكبه أفضل خصوصا فى عبادة فريضة لم يفعلها إلا مرة واحدة فى عمره ، ثم رأينا المعنى الذى به كان القران أفضل متحققا فى التمتع دون الإفراد فيكون أفضل منه ، وذلك المعنى هو ما يلزم كونه جمعا بين العبادتين فى وقت الحج من زيادة التحقق بالإذعان والقبول للمشروع الناسخ لشرع الجاهلية فى المطلوب رفضه ، ثم هذا أرفق فوجب دم للشكر على أمرين : أحدهما إطلاق الارتفاق بالعمرة فى وقت الحج حتى خفت المؤنة بالنسبة إلى لزوم إنشاء سفر آخر للعمرة أو التأخير بعد قضاء الأفعال لينشئ أخرى من أدنى الحل ، وهذا شكر على أمر دنيوى . وثانيهما توفيقه للتحقق بهذا الإذعان الشرعى المطلوب تحقيقه وإظهاره وجعله مظهرا له ، فإنه أكمل من مجرد اعتقاد الحقبة من غير تحقق به بالفعل ، وهذا يرجع إلى أمر أخروى ، ولهذا تسمعهم يقولون تارة وفق لأداء النسكين ومرة ترفق بأدائهما فى سفرة واحدة ، فزادت الفضيلة بشرعية هذا الدم لأنه زاد فى النسك عبادة أخرى شكرا لا جبرا لنقصان متمكن فيه ، غير أن القران زاد عليه باستدامة الإحرام إلى يوم النحر بهما والمبارعة إلى إحرام الحج ، فبالأمرين يفضل على تمتع لم يسق فيه هدى حتى حل التحلل . وبالثانى على التمتع الذى سيق فيه الهدى فوجب استدامة الإحرام فيه (قوله وسفره واقع لحجته الخ) جواب عن قوله لأن سفره واقع لعمرته

(باب التمتع)

وجه تأخيره عن باب القران قد سبق هناك فلا نعيده ، وكلامه واضح . قال بعض الشارحين : عرّف المصنف التمتع بقوله : ومعنى التمتع الترفق الخ . واعترض عليه بأنه غير مانع للدخول من ترفق بأدائهما والعمرة فى غير أشهر

(باب التمتع)

(قوله قال بعض الشارحين عرف المصنف) أقول : أراد الإتقانى (قوله واعترض عليه بأنه غير مانع لدخول من ترفق بأدائهما والعمرة فى غير أشهر الحج الخ) أقول : المضاف مقدر : أى لدخول عمل من ترفق الخ أو ترفق من ترفق ، وكذا فى قوله ومن ترفق به فيه كما

إراقة الدم وسفره واقع لحجته وإن تخللت العمرة لأنها تبع للحج كتخلل السنة بين الجمعة والسعي إليها (والمتمتع على وجهين متمتع بسوق الهدى ومتمتع لايسوق الهدى) ومعنى التمتع الترفق بأداء النسكين فى سفر واحد من غير أن يلم بأهله بينهما إلماما صحيحا ، ويدخله اختلافات نبينها إن شاء الله تعالى (وصفته أن يبتدئ من الميقات فى أشهر الحج فيحرم بالعمرة ويدخل مكة فيطوف لها ويسعى ويحلق أو يقصر وقد حل من عمرته)

وهو ظاهر من الكتاب (قوله ومعنى التمتع الترفق بأداء النسكين) وينبغي أن يزاد فى أشهر الحج ولم يقل أن يحرم بهما بل ذكر أداءهما ، فعلم أنه ليس من شرط التمتع وجود الإحرام بالعمرة فى أشهر الحج ، بل أداؤها فيها أو أداء أكثر طوافها ، فلو طاف ثلاثة أشواط فى رمضان ثم دخل شوّال فطاف الأربعة الباقية ثم حج فى عامه كان متمتعا فتحرير الضابط للتمتع أن يفعل العمرة أو أكثر طوافها فى أشهر الحج عن إحرام بها قبلها أو فيها ثم حج من عامه بوصف الصحة من غير أن يلم بأهله بينهما إلماما صحيحا . والحيلة لمن دخل مكة محرما بعمرة قبل أشهر الحج يريد التمتع أن لايطوف بل يصبر إلى أن تدخل أشهر الحج ثم يطوف ، فإنه متى طاف طوافا مّا وقع عن العمرة على ماسبق من قبل . ولو طاف ثم دخلت أشهر الحج فأحرم بعمرة أخرى ثم حج من عامه لم يكن متمتعا فى قول الكل لأنه صار حكمه حكم أهل مكة بدليل أنه صار ميقاته ميقاتهم . وقولنا ثم حج من عامه : يعنى من عام الفعل ، أما عام الإحرام فليس بشرط بدليل ما فى نوادر ابن سماعة عن محمد فيمن أحرم بعمرة فى رمضان وأقام على إحرامه إلى شوّال من قابل ثم طاف لعمرته فى العام القابل ثم حج من عامه ذلك أنه متمتع لأنه باق على إحرامه وقد أتى بأفعال العمرة والحج فى أشهر الحج ، بخلاف من وجب عليه أن يتحلل من الحج بعمرة كفائت الحج فأخر إلى قابل فتحلل بها فى شوّال وحج من عامه ذلك لايكون متمتعا لأنه ما أتى بأفعالها عن إحرام عمرة بل للتحلل عن إحرام الحج فلم تقع هذه الأفعال معتدّا بها عن العمرة فلم يكن متمتعا ، وهذا فائدة القيد الذى ذكرناه آخرا . أعنى قولنا عن إحرام بها (قوله فيطوف لها ويسعى الخ) لم يذكر طواف القدوم لأنه ليس للعمرة طواف قدوم ولا صدر

الحج فى سفر واحد ، ومن ترفق به فيه فى أشهر الحج فى عامين وهما ليسا بمتمتعين ، فكان الواجب أن يقول : هو الترفق بأداء النسكين فى أشهر الحج فى عام واحد فى سفر واحد الخ . والجواب أن ماذكره المصنف هو تفسيره ، وأما كون الترفق فى أشهر الحج من عام واحد فهو شرطه وسنذكره . والإلمام هو النزول ، يقال : ألمّ بأهله : إذا نزل ، وهو على نوعين صحيح وفاسد . والأول عبارة عن النزول فى وطنه من غير بقاء صفة الإحرام . وهذا إنما يكون فى المتمتع الذى لم يسق الهدى ، والثانى ما يكون على خلافه وهو إنما يكون فيمن ساقه ، فقوله إلماما صحيحا احتراز عن الإلمام الفاسد فإنه لايمنع صحة التمتع عند أبى حنيفة وأبى يوسف على ما يأتى . وقوله (ويحلق أو يقصر)

لايخفى ، وقوله والعمرة الواو للحالية . ثم أقول : هذا التعريف غير جامع أيضا لعدم تناوله من ترفق بهما وقد ألم بينهما إلماما غير صحيح ، فإن ترفقه ليس فى سفر واحد مع أنه متمتع عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله . وجوابه أن المراد فى سفر واحد حقيقة أو حكما فتأمل . ثم أقول : هذا التعريف يصدق على القارن أيضا ، إلا أن يقال ذلك ليس بمحذور (قوله فكان الواجب أن يقول هذا الترفق) أقول : الظاهر أن يقول هو الترفق الخ (قوله والجواب أن ما ذكره المصنف هو تفسيره الخ) أقول : إن أراد ليس من لوازم التفسير المساواة ففيه مافيه ، وقوله وأما كون الترفق الخ فلا يفيد شيئا ، فإن المعرف يجامع ما انتفى فيه الشرط ولا يجامعه المعرف فليتأمل (قوله فهو شرطه) أقول : وكذا عدم الإلمام بأهله شرط التمتع وقد تعرض له (قال المصنف : وسفره واقع لحجته) أقول : أى سفر المتمتع واقع لحجته مع أن السفر غير مقصود على ما أسلفه المصنف فى القران (قال المصنف : فى سفر واحد من غير أن يلم بأهله) أقول : أنت خبير بأن قوله فى سفر واحد

وهذا هو تفسير العمرة ، وكذلك إذا أراد أن يفرد بالعمرة فعل ماذكرنا ، هكذا فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم في عمرة القضاء . وقال مالك : لاحلق عليه ، إنما العمرة الطواف والسعي ، وحجتنا عليه ما روينا . وقوله تعالى محلقين رءوسكم ـ الآية ، نزلت في عمرة القضاء ، ولأنها لما كان لها تحرّم بالتلبية كان لها تحلل بالحلق .كالحج (ويقطع التلبية إذا ابتدأ بالطواف) وقال مالك رحمه الله : كما وقع بصره على البيت لأن العمرة زيارة البيت وتم به .ولنا « أن النبي صلى الله عليه وسلم في عمرة القضاء قطع التلبية حين استلم الحجر » ولأن المقصود هو الطواف فيقطعها عند افتتاحه ، ولهذا يقطعها الحاج عند افتتاح الرمي . قال (ويقيم بمكة حلالا) لأنه حل من العمرة . قال (فإذا كان

وذكر من الصفة الحلق أو التقصير فظاهره لزوم ذلك في التمتع وليس كذلك ، بل لو لم يحلق حتى أحرم بالحج وحلق بمنى كان متمتعا وهو أولى بالتمتع ممن أحرم بالحج بعد طواف أربعة أشواط للعمرة على ماذكرناه آنفا (قوله هكذا فعل الخ) أما أن أفعال العمرة ماذكر غير الحلق أو التقصير فضروري لايحتاج إلى بيان . وأما أن منها الحلق أو التقصير خلافا لمالك رحمه الله فيدل عليه ما قدمناه في بحث القران من حديث معاوية « قصرت عن رأس رسول الله صلى الله عليه وسلم بمشقص » ومعلوم أن التقصير عند المروة لايكون إلا في عمرة غير أن عند البخاري ومسلم : « قصرت أو رأيته يقصر عن رأسه » فإن كان الواقع الأول تعين كونها عمرة الجعرانة كما قدمناه ، وإن كان الثاني لم يلزم وهو حجة على مالك رحمه الله (قوله وقال مالك كما وقع بصره على البيت) وعنه كما رأى بيوت مكة . ولنا ما روى الترمذي عن ابن عباس « أنه عليه الصلاة والسلام كان يمسك عن التلبية في العمرة إذا استلم » وقال : حديث صحيح . ورواه أبو داود ولفظه أن النبي عليه الصلاة والسلام قال « يلبي المعتمر حتى يستلم الحجر » (قوله ولهذا يقطعها الحاج الخ) إنما تتم هذه الملازمة لو كان الرمي هو المقصود في الحج وهو منتف ، بل المقصود الوقوف والطواف . فالصواب في التقرير على رأينا أن يقال : كما لم تقطع التلبية في الحج قبل الشروع في الأفعال ،

قال شيخ الإسلام في مبسوطه : هذا التخيير إنما كان له إذا لم يكن شعره ملبدا أو معقوصا أو مضفرا . وأما إذا كان ملبدا فإنه لايتخير لأن التقصير لايتهيأ إلا بالقص وذلك متعذر فيتعين الحلق . وقوله (وهذا هو تفسير العمرة) أي ليس لها طواف القدوم والصدر لأن معظم الركن فيها هو الطواف ، وما هو كذلك لايتكرر كالوقوف في الحج . وقوله (وتم به) أي تم زيارة البيت بوقوع البصر على البيت ، ولأن الطواف ركن في العمرة كطواف الزيارة في الحج ، فكما تقدم قطع التلبية هناك على الاشتغال بالطواف فكذلك ههنا (ولنا) حديث ابن مسعود (أن النبي صلى الله عليه وسلم في عمرة القضاء قطع التلبية حين استلم الحجر) الأسود . وقوله (ولأن المقصود هو الطواف) بيانه أن هذا الطواف نسك مقصود في هذا اليوم فكان كالرمي في كونه نسكا مقصودا في ذلك اليوم ؛ فكما أن التلبية تقطع عند افتتاح الرمي تقطع عند افتتاح هذا الطواف بجامع أن كلا منهما أول نسك مقصود في يوم . فإن قيل : فعلى هذا ينبغي أن يقطع المفرد بالحج التلبية إذا ابتدأ بطواف القدوم لأنه أول نسك مقصود في هذا اليوم . فالجواب أنا لانسلم أنه مقصود لأن المراد به ما يكون واجبا ، وطواف القدوم ليس كذلك . سلمناه ولكن ثبت بالنص على خلاف القياس لما روى « أنه عليه الصلاة والسلام أردف الفضل من مزدلفة إلى منى ، فلم يزل يلبي حتى رمى جمرة العقبة » قال (ويقيم بمكة حلالا) المتمتع إذا حل من عمرته يقيم بمكة حلالا (فإذا كان

يغني غناء هذا القيد في الاحتراز (قوله ولكن ثبت بالنص على خلاف القياس) أقول : فيه بحث ، فإنه إذا كان على خلاف القياس كيف

يوم التروية أحرم بالحج من المسجد) والشرط أن يحرم من الحرم أما المسجد فليس بلازم . وهذا لأنه فى معنى المكى ، وميقات المكى فى الحج الحرم على ما بينا (وفعل مايفعله الحاج المفرد) لأنه مؤدٍّ للحج إلا أنه يرمل فى طواف الزيارة ويسعى بعده لأن هذا أول طواف له فى الحج . بخلاف المفرد لأنه قد سعى مرة . ولو كان هذا المتمتع بعد ما أحرم بالحج طاف وسعى قبل أن يروح إلى منى لم يرمل فى طواف الزيارة ولا يسعى بعده لأنه قد أتى بذلك مرة (وعليه دم التمتع) للنص الذى تلوناه (فإن لم يجد صام ثلاثة أيام فى الحج وسبعة إذا رجع إلى أهله) على الوجه الذى بيناه فى القران (فإن صام ثلاثة أيام من شوّال ثم اعتمر لم يجزه عن الثلاثة) لأن سبب وجوب هذا الصوم التمتع لأنه بدل عن الهدى وهو فى هذه الحالة غير متمتع فلا يجوز أداؤه قبل وجود سببه (وإن صامها) بمكة (بعد ما أحرم بالعمرة قبل أن يطوف جاز عندنا) خلافا للشافعى رحمه الله . له قوله تعالى

كذا لاتقطع فى العمرة قبله فبطل قولكم بقطعها قبل الطواف . وعلى رأيه بطريق الإلزام أن يقال : كما أنها لم تقطع فى الحج إلا عند الشروع فى المقاصد وهو الوقوف عندك يجب فى العمرة أن لاتقطع إلا عند الشروع فى مقاصدها وهو الطواف (قوله والمسجد ليس بلازم) بل هو أفضل . ومكة أفضل من غيرها من الحرم . والشرط الحرم (قوله وفعل مايفعله الحاجّ المفرد) إلا طواف التحية لأنه فى حكم أهل مكة ولا طواف قدوم عليهم (قوله ولو كان هذا المتمتع بعد ما أحرم بالحج طاف) أى للتحية (وسعى قبل أن يروح إلى منى لم يرمل فى طواف الزيارة) سواء كان رمل فى طواف التحية أو لا (ولا يسعى بعده لأنه قد أتى بالسعى مرة) قيل هذا دليل على أن طواف التحية مشروع للتمتع حتى اعتبر سعيه عقيبه اهـ ولا يخلو من شىء ، فإن الظاهر أن المراد أنه إذا طاف ثم سعى أجزأه عن السعى لا أنه يشترط للإجزاء اعتباره طواف تحية ، بل المقصود أن السعى لابد أن يترتب شرعا على طواف ، فإذا فرضنا أن المتمتع بعد إحرام الحج تنفل بطواف ثم سعى بعده سقط عنه سعى الحج ، ومن قيد إجزاءه بكون الطواف المقدم طواف تحية فعليه البيان (قوله فلا يجوز أداؤه قبل وجود سببه) فالشرط فيها أن يكون محرما بالعمرة فى أشهر الحج مثل ماذكرناه فى القران وإلى آخر ماذكرناه فيه (قوله خلافا للشافعى) فإنه لايجزئه إلا بعد إحرام الحج)

يوم التروية أحرم بالحج من المسجد) ولكن ليس كل مما ذكرنا شرطا ، فلو أحرم قبل يوم التروية فهو أفضل لأن فيه إظهار المسارعة والرغبة فى العبادة ، ولأنه أشق فكان أفضل ، وكذا لو أحرم من الحرم فى غير المسجد جاز لما ذكره فى الكتاب . وقوله (على مابينا) أراد به ماذكره فى آخر فصل المواقيت بقوله ومن كان بمكة فوقته فى الحج الحرم وفى العمرة الحل ، وقوله (وفعل ما يفعله الحاج المفرد) يعنى خلا أنه لايطوف طواف التحية لأنه لما حل صار هو والمكى سواء ولا تحية للمكى . و (يرمل فى طواف الزيارة ويسعى بعده لأن هذا أوّل طواف له فى الحج) وقوله (ولو كان هذا المتمتع بعد ما أحرم بالحج طاف) يعنى طواف القدوم (وسعى قبل أن يخرج إلى منى لم يرمل فى طواف الزيارة ولا يسعى بعده لأنه أتى بذلك مرة) ولا تكرار فيه ، ثم الرمل ههنا يسقط سواء رمل فى طواف التحية أو لم يرمل ولهذا سكت عن ذكره ، فلم يقل طاف ورمل لأن الرمل إنما شرع فى طواف بعده سعى ، ولا سعى ههنا لأنه وجد مرة . وفى هذا الكلام دلالة على أن طواف التحية مشروع للمتمتع حيث اعتبر رمله وسعيه فيه . وقوله (وعليه دم التمتع) ظاهر . وقوله (خلافا للشافعى) يعنى أنه يقول لايجوز صوم ثلاثة أيام حتى يحرم

يصير مقيسا عليه (قوله حيث اعتبر رمله) أقول : فيه بحث لمخالفته قوله آنفا سواء رمل أو لم يرمل ، وقوله وسعيه بحث فيه ابن الهمام مانعا وجوب كون السعى بعد طواف التحية ، نعم يجب كونه بعد الطواف إلا أن الكلام فى طواف مقيد بكونه طواف التحية فليتأمل (قوله وسعيه فيه)

ـ فصيام ثلاثة أيام فى الحج ـ ولنا أنه أداه بعد انعقاد سببه . والمراد بالحج المذكور فى النص وقته على ما بينا (والأفضل تأخيرها إلى آخر وقتها وهو يوم عرفة) لما بينا فى القران (وإن أراد المتمتع أن يسوق الهدى أحرم وساق هديه) وهذا أفضل لأن النبى صلى الله عليه وسلم ساق الهدايا مع نفسه . ولأن فيه استعدادا ومسارعة (فإن كانت بدنة قلدها بمزادة أو نعل) لحديث عائشة رضى الله عنها على ما رويناه . والتقليد أولى من التجليل لأن له ذكرا فى الكتاب ولأنه للإعلام والتجليل للزينة . ويلبى ثم يقلد لأنه يصير محرما بتقليد الهدى والتوجه معه على ما سبق . والأولى أن يعقد الإحرام بالتلبية ويسوق الهدى . وهو أفضل من أن يقودها لأنه صلى الله عليه وسلم

(قوله لأنه أداه بعد انعقاد سببه) لاشك أن سببه التمتع اللغوى الذى هو الترفق لترتيبه على التمتع فى النص . ومأخذ الاشتقاق علة للمرتب . والعمرة فى أشهر الحج هى السبب فيه لأنها التى بها يتحقق الترفق الذى كان ممنوعا فى الجاهلية وهو معنى التمتع لا أن الحج معتبر جزء السبب بناء على إرادة التمتع فى عرف الفقه لوجهين : أحدهما جعل الحج غاية لهذا التمتع حيث قال ـ فمن تمتع بالعمرة إلى الحج ـ فكان المفاد ترفق بالعمرة فى أشهر الحج ترفقا غايته الحج . وإلا كان ذكر التمتع ذكرا للحج من عامه فلم يحتج إلى ذكره . والثانى أنه على ذلك التقرير كان يلزم أن لايجوز صوم الثلاثة إلا بعد الفراغ كالسبعة لكنه سبحانه فصل بينهما فجعل الثلاثة فى الحج : أى وقته والسبعة بعد الفراغ . فعلم أنه لم يعتبر فى السبب المجوز للصوم تحقق حقيقة التمتع بالمعنى الفقهى بل الترفق بالعمرة فى أشهر الحج لكن لا مطلقا : بل المقيد بكونه غايته الحج من عامه لا على اعتبار القيد جزءا من السبب أو شرطا فى ثبوت سببيته وإلا لزم ماذكرنا من امتناع الصوم قبل الفراغ وهو منتف . فكان السبب المقيد لايشترط قيده فى السببية[1] فإذا صام بعد إحرام العمرة فى أشهر الحج ثم حج من عامه ظهر أنه صام بعد السبب وفى وقته . بخلاف ما إذا لم يحج من عامه لأنه لم يظهر وقوعه بعد المقيد . ومثل هذا جائز إذا أمكن وقد أمكن . وسببه تراخى القيد عنه فى الوجود ، أما السبعة فإن السبب وإن تحقق بعد إحرام العمرة لكن لم يجئ وقتها لأن الإيجاب معلق بالرجوع . فالصوم قبله قبل وقته وإن كان بعد السبب . واعلم أن مقتضى هذا عدم الجواز قبل الفراغ من العمرة لأن التمتع : أعنى الترفق بالعمرة لايتحقق بمجرد الإحرام بها ، لكن الحكم هو الجواز بمجرد الإحرام كأنه لثبوت عدم القدرة على الخروج

بالحج لقوله تعالى ـ فصيام ثلاثة أيام فى الحج ـ (ولنا أنه أداه بعد انعقاد سببه) وهو الإحرام بالعمرة لأنه طريق يتوسل به إلى التمتع وأداء المسبب بعد تحقق السبب جائز . وقوله (على مابينا) إشارة إلى ماذكر فى القران أن نفس الحج لايصلح أن يكون ظرفا . وقوله (وهذا أفضل) يعنى من متمتع لم يسق الهدى . وقوله (على ماروينا) يريد به قوله قالت عائشة رضى الله عنها « كنت أفتل قلائد هدى رسول الله صلى الله عليه وسلم » وقوله (لأن له ذكرا فى الكتاب) يريد قوله تعالى ـ ولا الهدى ولا القلائد ـ (ويلبى ثم يقلد لأنه يصير محرما بالتقليد والتوجه معه على ماسبق) فى فصل قبيل القران ، والشروع فى الإحرام بالتلبية أولى لأنه الأصل ، والتقليد يقوم مقامه . والعمل

أقول : فيه أن السعى بعد الطواف إلا أن يكون « فى » بمعنى « عن » كما قالوا فى حصول صورة الشىء فى العقل (قال المصنف : وهذا أفضل) أقول : قال الإتقانى : أى المتمتع الذى يسوق الهدى أفضل من المتمتع الذى لايسوق الهدى ، أو معناه سوق الهدى بعد الإحرام بالتلبية أفضل من الإحرام بتقليد البدنة وسوقها بعده لبى أو لم يلب ، والمراد من المتمتع الذى أراد التمتع لأنه قبل الإحرام لايكون متمتعا اهـ . ولايخفى عدم ملاءمته لسياق الكلام وإفضائه إلى التكرار .

---

(١) قوله (لايشترط قيده فى السببية) كذا فى بعض النسخ ، وفى بعضها ، لايفيد قيده فى السببية ، وكلاهما صحيح اهـ كتبه مصححه .

أحرم بذى الحليفة وهداياه تساق بين يديه ، ولأنه أبلغ فى التشهير إلا إذا كانت لاتنقاد فحينئذ يقودها . قال (وأشعر البدنة عند أبى يوسف ومحمد) رحمهما الله (ولا يشعر عند أبى حنيفة) رحمه الله (ويكره) والإشعار هو الإدماء بالجرح لغة (وصفته أن يشق سنامها) بأن يطعن فى أسفل السنام (من الجانب الأيمن أو الأيسر) قالوا : والأشبه هو الأيسر لأن النبى صلى الله عليه وسلم طعن فى جانب اليسار مقصودا وفى جانب الأيمن اتفاقا ، ويلطخ سنامها بالدم إعلاما ، وهذا الصنع مكروه عند أبى حنيفة رحمه الله ، وعندهما حسن ، وعند الشافعى رحمه الله سنة لانه مروى عن النبى صلى الله عليه وسلم وعن الخلفاء الراشدين رضى الله عنهم . ولهما أن المقصود من التقليد أن لايهاج إذا ورد ماء أو كلأ أو يرد إذا ضل وإنه فى الإشعار أتم لأنه ألزم ، فمن هذا الوجه يكون سنة ، إلا أنه

عن الإحرام بلا فعل وفيه إقناع إلا أن يستلزم خلافه إحداث قول ثالث فيتم المراد (قوله إلا إذا كانت لاتنقاد) أى للسوق ، وفى بعض النسخ لاتنساق (قوله لأن النبى صلى الله عليه وسلم طعن الخ) قالوا لأنها كانت تساق إليه وهو يستقبلها فيدخل من قبل رءوسها والحربة بيمينه لا محالة والطعن حينئذ إلى جهة اليسار أمكن وهو طبع هذه الحركة فيقع الطعن كذلك مقصودا ثم يعطف طاعنا إلى جهة يمينه بيمينه وهو متكلف بخلافه إلى الجهة الأولى ، وهذا بناء على أنه عليه الصلاة والسلام أشعر من جهة اليمين واليسار ، وعلى أن صفته حالة الإشعار كان ماذكر . فأما الأول فالذى فى مسلم عن أبى حسان عن ابن عباس رضى الله عنهما « أنه عليه الصلاة والسلام صلى الظهر بذى الحليفة ثم دعا ببدنة فأشعرها فى صفحة سنامها الأيمن » وروى البخارى الإشعار ، فلم يذكر فيه الأيمن ولا الأيسر إلا أن ابن عبد البر ذكر أنه رأى فى كتاب ابن علية بسنده إلى أبى حسان عن ابن عباس رضى الله عنهما « أنه عليه الصلاة والسلام أشعر بدنه من الجانب الأيسر ثم سلت الدم عنها وقلدها نعلين » قال ابن عبد البر : هذا منكر من حديث ابن عباس ، بل المعروف ما رواه مسلم وغيره عنه فى الجانب الأيمن . وصحح ابن القطان كلامه ، لكن قد أسند أبو يعلى إلى أبى حسان عن ابن عباس بطريق آخر « أنه عليه الصلاة والسلام أشعر بدنه فى شقها الأيسر ثم سلت الدم بأصبعه » الحديث . وفى موطإ مالك عن نافع « أن ابن عمر رضى الله عنهما كان إذا أهدى هديا من المدينة يقلده بنعلين ويشعره فى الشق الأيسر » فهذا يعارض ما فى مسلم من حديث ابن عباس إذ لم يكن أحد أشد اقتفاء لظواهر فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم من ابن عمر . فلولا علمه وقوع ذلك من فعله صلى الله عليه وسلم لم يستمر عليه . فوجه التوفيق حينئذ هو ماصرنا إليه من الإشعار فيهما حملا للروايتين على رؤية كل راء الإشعار من جانب وهو واجب ما أمكن . وأما الثانى فلا نعلم صريحا فى وصفه كيف كان لكنه حمل على ماهو الظاهر ، إذ الظاهر من قاصدها لإثبات فعل فيها وهى تساق إليه ذلك . والله أعلم بجلية كل حال (قوله لأنه ألزم)

بالأصل أولى عند الإمكان لامحالة ، ثم السوق فى الهدى أفضل من القود لأن النبى صلى الله عليه وسلم سيقت هداياه إذ أحرم بذى الحليفة بين يديه . وقوله (قالوا والأشبه) يعنى إلى الصواب فى الرواية (هو الأيسر) وذلك أن الهدايا كانت مقبلة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكان يدخل بين كل بعيرين من قبل الرءوس : وكان الرمح بيمينه لامحالة فكان يقع طعنه عادة أولا على يسار البعير ، ثم كان يعطف عن يمينه ويشعر الآخر من قبل يمين البعير اتفاقا للأول لاقصدا إليه فصار الأمر الأصلى أحق بالاعتبار فى الهدى إذا كان واحدا . وقوله (ولهما أن المقصود من التقليد أن لايهاج) أى لاينفر ولا يطرد عن الماء والكلإ (أو يرد إذا ضل . وإنه فى الإشعار أتم لأنه ألزم) لأن القلادة قد تحل وقد يحتمل أن تسقط منها والإشعار لايفارقها (فمن هذا الوجه يكون سنة إلا أنه

(قال المصنف : فمن هذا الوجه يكون سنة) أقول : فيه بحث يظهر لمن علم ما السنة .

عارضه جهة كونه مثلة فقلنا بحسنه . ولأبى حنيفة أنه مثلة وأنه منهى عنه.ولو وقع التعارض فالترجيح للمحرّم وإشعار النبي صلى الله عليه وسلم كان لصيانة الهدى لأن المشركين لايمتنعون عن تعرّضه إلا به.وقيل إن أبا حنيفة كره إشعار أهل زمانه لمبالغتهم فيه على وجه يخاف منه السراية ، وقيل : إنما كره إيثاره على التقليد . قال (فإذا دخل مكة طاف وسعى) وهذا للعمرة على ما بينا فى متمتع لايسوق الهدى (إلا أنه لايتحلل حتى يحرم بالحج يوم التروية) لقوله صلى الله عليه وسلم « لواستقبلت من أمرى مااستدبرت لما سقت الهدى ولجعلتها عمرة وتحللت منها » وهذا ينفى التحلل عند سوق الهدى (ويحرم بالحج يوم التروية) كما يحرم أهل مكة على ما بينا (وإن قدّم

لأن القلادة قد تنحل أو تنقطع فتسقط (قوله ولو وقع التعارض فالترجيح للمحرّم) قد يقال : لاتعارض فإن النهى عنه كان بأثر قصة العرنيين عقيب غزوة أحد ومعلوم أن الإشعار كان بعده . فعلم أنه إما مخصوص من نص نسخ المثلة ماكان هديا أو أنه ليس بمثلة أصلا وهو الحق . إذ ليس كل جرح مثلة بل هو مايكون تشويها كقطع الأنف والأذنين وسمل العيون . فلا يقال لكل من جرح مثل به . والأولى ما حمل عليه الطحاوى من أن أبا حنيفة إنما كره إشعار أهل زمانه لأنهم لايهتدون إلى إحسانه وهو شق مجرد الجلد ليدمى ، بل يبالغون فى اللحم حتى يكثر الألم ويخاف منه السراية (قوله لأن المشركين لايمتنعون إلا به) قد يقال : هذا يتم فى إشعار عام الحديبية وهو مفرد بالعمرة لافى إشعاره هدايا حجة الوداع . لأن المشركين كانوا قد أجلوا [١] قبل ذلك فى فتح مكة فى الثامنة ، ثم بعث عليا رضى الله عنه فى التاسعة يتلو عليهم سورة براءة وينادى : لايطوف بهذا البيت مشرك ولا عريان . والجواب أن يراد تعرضهم للطريق حال السفر لتسامعهم بمال لسيد المسلمين (قوله وهذا ينفى التحلل عند سوق الهدى) يعنى لما كان المقصود من هذا الكلام وتقدم تخريجه إظهار التأسف على

عارضه جهة كونه مثلة) والمثلة هى أن يصنع بالحيوان مايصير به مثلا ، وقيل هى إيلام ما وجب قتله أو أبيح قتله (فقلنا بحسنه . ولأبى حنيفة أنه) أى الإشعار (مثلة وإنه) أى فعل المثلة (منهى عنه . ولو وقع التعارض) بين كونه سنة وبين كونه مثلة (فالترجيح للمحرّم) فإن قيل : النهى عن المثلة كان بأحد والإشعار عام حجة الوداع والمتأخر ناسخ فأين التعارض ؟ أجيب بأن عمران بن حصين روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم ماقام خطيبا إلا نهانا عن المثلة » فكان الإشعار منسوخا فلا أقل من التعارض والترجيح للمحرّم للاحتياط أو للاحتراز عن تكرار النسخ . وقوله (وإشعار النبي صلى الله عليه وسلم) جواب عما قال الشافعى إنه مروى عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو ظاهر . وقوله عليه الصلاة والسلام (« لو استقبلت من أمرى ما استدبرت ») أى لو علمت أوّلا ما علمت آخرا (لما سقت الهدى) وقصة ذلك « أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أصحابه بأن يفسخوا إحرام الحج ويحرموا بالعمرة لما بلغوا مكة تحقيقا لمخالفة الكفرة ، وكانوا لايفسخون ولا يحلقون ينتظرون رسول الله صلى الله عليه وسلم هل يحلق أولا ؟ فاعتذر النبي عليه الصلاة والسلام وقال : لواستقبلت » الخ ، وبين فيه أن سوق الهدى يمنعه عن التحلل ولولا ذلك لتحلل . وقوله (ويحرم بالحج) ظاهر . وقوله (على مابينا) إشارة إلى ماقال

(قال المصنف : حتى يحرم بالحج) أقول : قال الإتقانى برفع الميم لا النصب ، لأن حتى ليست غاية لفساد المعنى اهـ . وفيه بحث لأن حتى لايفارقها معنى الغاية سواء كانت جارة أو عاطفة أو ابتدائية على ما صرحوا به ، والظاهر أنه منصوب ولايلزم الفساد،فإن مفهوم الغاية لو سلم اعتباره فلا يعارض المنطوق ، وعدم جواز تحلل المحرم بالحج إلى وقت معلوم معلوم مما سبق فتأمل .

---

(١) (قوله قد أجلوا) كذا هو فى بعض النسخ بالجيم بعد الهمز ، والمعنى عليه صحيح : أى خرجوا عن مكة ، ورسمت فى بعض النسخ بالخاء تحريفا ، وقوله بعده لسيد المسلمين ، فى بعض النسخ لسيد المرسلين ، وكل صحيح كتبه مصححه .

الإحرام قبله جاز ، وما عجل المتمتع من الإحرام بالحج فهو أفضل) لما فيه من المسارعة وزيادة المشقة ، وهذه الأفضلية فى حق من ساق الهدى وفى حق من لم يسق **(وعليه دم)** وهو دم التمتع على ما بينا **(وإذا حلق يوم النحر فقد حل من الإحرامين)** لأن الحلق محلل فى الحج كالسلام فى الصلاة فيتحلل به عنهما . قال **(وليس لأهل مكة تمتع ولا قران ، وإنما لهم الإفراد خاصة)** خلافا للشافعى رحمه الله ،

تأتى الإحلال ليشرح صدر أصحابه بموافقته لهم كما كان دأبه عليه الصلاة والسلام كان قوله « لو استدركت مافاتنى لما سقت الهدى ولجعلتها عمرة » أى مفردة لم أقرن معها الحج. وتحللت يفيد أن التحلل لايتأتى إلا بما يتضمنه كلامه من إفراد العمرة وعدم سوق الهدى ، فلو كان التحلل يجوز مع سوق الهدى لاكتفى بقوله لجعلتها عمرة وتحللت ، وإنما احتاج إلى هذا لأنه لو استدل بأنه لما ساق الهدى امتنع عليه التحلل من العمرة كان معترفا بأنه عليه الصلاة والسلام حج متمتعا ، والثابت عندنا أنه حج قارنا على ماقدمناه (قوله وهذه الأفضلية) أى أفضلية تعجيل المتمتع الإحرام بالحج (قوله فقد حل من الإحرامين) فيه دليل على بقاء إحرام العمرة إلى الحلق . وأورد عليه فى النهاية : لو كان كذلك لزم القارن دمان إذا جنى قبل الحلق . وقال علماؤنا : إذا قتل القارن صيدا بعد الوقوف قبل الحلق لزمه قيمة واحدة ؛ ولو بقى بعد الوقوف لزمه دمان . وأجاب بأن إحرام العمرة انتهى بالوقوف ولم يبق إلا فى حق التحلل ، لأن الله تعالى جعل الحج غاية إحرام العمرة ، ولا وجود للمضروب له الغاية بعدها إلا ضرورة وهى ماذكرنا . وإذا لم يبق فى حق غير ذلك لم تقع الجناية عليه اهـ . قال فى شرح الكنز . وهذا بعيد فإن القارن إذا جامع بعد الوقوف يجب عليه بدنة للحج وشاة للعمرة وبعد الحلق قبل الطواف شاتان اهـ . وما نقله فى النهاية إنما هو قول شيخ الإسلام ومن تبعه ، وقد صرح به عنه بخصوصه فى النهاية فى آخر فصل جزاء الصيد ، وأكثر عبارات الأصحاب مطلقة وهى الظاهرة ؛ إذ قضاء الأعمال لايمنع بقاء الإحرام ، والوجوب إنما هو باعتبار أنه جناية على الإحرام لاعلى الأعمال . والفرع المنقول فى الجماع يدل على ماقلنا ، بل سنذكر عن الكتب المعتبرة عن بعضهم أن فيما بعد الحلق البدنة والشاة أيضا بالجماع ، وعن بعضهم البدنة فقط ، ونبين الأولى منهما . ثم إن شيخ الإسلام قيد لزوم الدم الواحد بغير الجماع وقال : إن فى الجماع بعد الوقوف شاتين ، فلا يخلو من أن يكون إحرام العمرة بعد الوقوف توجب الجناية عليه شيئا أولا ، فإن أوجبت لزم شمول الوجوب وإلا فشمول العدم (قوله وليس لأهل مكة تمتع ولا قران) يحتمل نفى الوجود : أى ليس يوجد لهم ، حتى لو أحرم مكى بعمرة أو بهما

وعليه دم التمتع للنص الذى تلونا : يعنى قوله تعالى ـ فمن تمتع بالعمرة إلى الحج ـ وقوله (وإذا حلق يوم النحر فقد حل من الإحرامين) يعنى إحرام العمرة وإحرام الحج . فإن قيل : التحلل منهما يقتضى قيام كل منهما عند الحلق ، ولو كان إحرام العمرة باقيا عنده لزم القارن دمان إذا جنى بقتل الصيد قبل الحلق بعد الوقوف بعرفة وليس كذلك بل عليه دم واحد ، ولو كان الإحرام باقيا لزم قيمتان كما قبل الوقوف . أجيب بأن إحرام العمرة باق للتحلل لاغير لأن التحلل لايتصور بدونه ، وأما بالنسبة إلى ماعداه فليس بباق لأن الله تعالى جعل غاية إحرام العمرة الحج والمضروب له الغاية لايبقى بعد وجودها إلا لضرورة وهى بالنسبة إلى التحلل لاغير ؛ وإذا كان كذلك لم تقع الجناية على إحرام العمرة فلا يجب لأجله شىء كإحرام المفرد بالحج بعد الحلق فإنه لايبقى فى حق سائر المحظورات ويبقى فى حق الجماع ضرورة طواف الزيارة . وقوله (وليس لأهل مكة تمتع ولا قران) اعلم أن أهل مكة ومن كان داخل الميقات لاتمتع لهم ولا قران عند أبى حنيفة وأصحابه وإمامهم فى ذلك على وعبد الله بن عباس وعبد الله

. . . .

وطاف للعمرة فى أشهر الحج ثم حج من عامه لايكون متمتعا ولا قارنا . ويوافقه ماسيأتى فى الكتاب من قوله : وإذا عاد المتمتع إلى بلده بعد فراغه من العمرة ولم يكن ساق الهدى بطل تمتعه لأنه ألم بأهله فيما بين النسكين إلماما صحيحا وذلك يبطل التمتع . فأفاد أن عدم الإلمام شرط لصحة التمتع فينتفى لانتفائه . وعن ذلك أيضا خص القران فى قوله بخلاف المكى إذا خرج إلى الكوفة وقرن حيث يصح لأن عمرته وحجته ميقاتيتان . قالوا : خص القران لأن التمتع منه لايصح لأنه ملم بأهله بعد العمرة . ويحتمل نفى الحل كما يقال : ليس لك أن تصوم يوم النحر ولا أن تتنفل بالصلاة عند الطلوع والغروب . حتى لو أن مكيا اعتمر فى أشهر الحج وحج من عامه أو جمع بينهما كان متمتعا أو قارنا آثما بفعله إياهما على وجه منهى عنه . وهذا هو المراد بحمل ماقدمناه من اشتراط عدم الإلمام لاصحة على اشتراطه لوجود التمتع الذى لم يتعلق به نهى شرعا المنتهض سببا للشكر . ويوافقه مافى غاية البيان : ليس لأهل مكة تمتع ولا قران . ومن تمتع منهم أو قرن كان عليه دم وهو دم جناية لايأكل منه . وصح عن عمر رضى الله عنه أنه قال : ليس لأهل مكة تمتع ولا قران . وقال فى التحفة : ومع هذا لو تمتعوا جاز وأساءوا وعليهم دم الجبر . وسنذكر من كلام الحاكم صريحا اهـ . ومن حكم هذا الدم أن لايقوم الصوم مقامه حالة العسرة . فإذا كان الحكم فى الواقع لزوم دم الجبر لزم ثبوت الصحة لأنه لاجبر إلا لما وجد بوصف النقصان لا لما لم يوجد شرعا . فإن قيل : يمكن كون الدم للاعتمار فى أشهر الحج من المكى لا للتمتع منه . وهذا فاش بين حنفية العصر من أهل مكة ، ونازعهم فى ذلك بعض الآفاقيين من الحنفية من قريب وجرت بينهم شئون . ومعتمد أهل مكة ما وقع فى البدائع من قوله ولأن دخول العمرة فى أشهر الحج وقع رخصة لقوله تعالى ـ الحج أشهر معلومات ـ قيل فى بعض وجوه التأويل : أى للحج أشهر معلومات ، واللام للاختصاص فاختصت هذه الأشهر بالحج . وذلك بأن لايدخل فيها غيره ، إلا أن العمرة دخلت فيها رخصة للآفاقى ضرورة تعذر إنشاء سفر للعمرة نظرا له . وهذا المعنى لايوجد فى حق أهل مكة ومن بمعناهم . فلم تكن العمرة مشروعة فى أشهر الحج فى حقهم . فبقيت العمرة فى أشهر الحج فى حقهم معصية اهـ . وفيه بعض اختصار والذى ذكره غير واحد خلافه ، وقد صرحوا فى جواب الشافعى لما أجاز التمتع للمكى . وقال فى بعض الأوجه نسخ منع العمرة فى أشهر الحج عام فيتناول المكى كغيره . فقالوا : أما النسخ فثابت عندنا فى حق المكى أيضا حتى يعتمر فى أشهر الحج . ولا يكره له ذلك ولكن لايدرك

ابن عمر رضى الله عنهم . ولو تمتعوا جاز وأساءوا ولزمهم دم الجبر . وقال الشافعى : لهم التمتع والقران ولكن لادم عليهم ، واستدل على ذلك بقوله تعالى ـ فمن تمتع بالعمرة إلى الحج ـ فإنه بإطلاقه لايفصل بين الآفاقى وغيره . فإن قيل : ذلك لمن لم يكن إشارة إلى التمتع المفهوم من تمتع وهو يقتضى أن لايكون لأهل حاضرى المسجد الحرام تمتع . أجاب الشافعى بأن ذلك إشارة إلى الهدى المعلوم من قوله تعالى ـ فما استيسر من الهدى ـ ولأجل هذا قلت إنه لادم عليهم . ولنا قوله تعالى ـ ذلك لمن لم يكن أهله حاضرى المسجد الحرام ـ ووجهه أن موضوع ذلك فى كلام العرب البعيد والقرآن نزل على لسانهم ، وما ذكرتم من الهدى قريب لايصلح ذلك حقيقة له ؛ والتمتع المفهوم من

(قوله ولو تمتعوا جاز وأساءوا) أقول : كذا قال صاحب تحفة الفقهاء ، وأما الذى يدل عليه كلام المصنف فى هذا الباب فبطلان تمتعهم كما لايخفى على الناظر المتأمل (قوله ووجهه أن موضوع ذلك فى كلام العرب البعيد والقرآن نزل على لسانهم ؛ وما ذكرتم من الهدى قريب لايصلح حقيقة له) أقول : يجوز أن يكون من قبيل ـ الم ذلك الكتاب ـ .

. . . .

فضيلة التمتع إلى آخر ما سنذكره إن شاء الله تعالى . فإنكار أهل مكة على هذا اعتمار المكي فى أشهر الحج إن كان لمجرد العمرة فخطأ بلا شك ، وإن كان لعلمهم بأن هذا الذى اعتمر منهم ليس بحيث يتخلف عن الحج إذا خرج الناس للحج بل يحج من عامه فصحيح بناء على أنه حينئذ إنكار لمتعة المكي لا لمجرد عمرته . فإذا ظهر لك صريح هذا الخلاف منه فى إجازة العمرة من حيث هى مجرد عمرة فى أشهر الحج ومنعها وجب أن يتفرع عليه ما لو كرر المكي العمرة فى أشهر الحج وحج من عامه هل يتكرر الدم عليه ؟ فعلى من صرح بحلها له وأن المنع ليس إلا لتمتعه لايتكرر عليه لأن تكرره لا أثر له فى ثبوت تكرره تمتعه فإنما عليه دم واحد لأنه تمتع مرة واحدة . وعلى من منع نفس العمرة منه وأثبت أن نسخ حرمتها إنما هو للآفاقى فقط ينبغى أن يتكرر الدم بتكررها ، والله أعلم . وإنما النظر بعد ذلك فى أولى القولين ، ونظر هؤلاء إلى العمومات مثل «دخلت العمرة فى الحج» . وصريح منع المكي شرعا لم يثبت إلا بقوله تعالى ـ ذلك لمن لم يكن أهله حاضرى المسجد الحرام ـ وهو خاص بالجمع تمتعا فيبقى فيما وراءه على الإباحة ، غير أن للآخر أن يقول دليل التخصيص مما يصح تعليله ويخرج به معه ، وتعليل منع الجمع المتبادر منه أن يحصل الرفق ودفع المشقة الآتية من قبل تعدد السفر أو إطالة الإقامة وذلك خاص ، فيبقى المنع السابق على ما كان ويختص النسخ بالآفاقى ، وللنظر بعد ذلك مجال ، والله سبحانه الموفق . ثم ظهر لى بعد نحو ثلاثين عاما من كتابة هذا الكتاب أن الوجه منع العمرة للمكي فى أشهر الحج سواء حج من عامه أولا ، لأن النسخ خاص لم يثبت ، إذ المنقول من قولهم العمرة فى أشهر الحج من أفجر الفجور لايعرف إلا من كلام الجاهلية دون أنه كان فى شريعة إبراهيم عليه الصلاة والسلام أو غيره ، ولم يبق إلا النظر فى الآية ، وحاصله عام مخصوص فإن قوله ذلك الخ تخصيص من تمتع بالعمرة إلى الحج لأنه مستقل مقارن . واتفقوا فى تعليله بأن تجويزه للآفاقى لدفع الحرج كما عرف ومنعه من المكي لعدمه . ولا شك أن عدم الحرج فى عدم الجمع لايصلح علة لمنع الجمع لأنه إذا لم يحرج بعدم الجمع لايقتضى أن يتعين عليه عدمه ، بل إنما يصلح عدم الحرج فى عدم الجمع أن يجوز له كل من عدم الجمع والجمع لأنه كما لم يحرج فى عدم الجمع لايحرج فى الجمع ، فحين وجب عدم الجمع لم يكن إلا لأمر زائد ، وليس هنا سوى كونه فى الجمع موقعا العمرة فى أشهر الحج . ثم لاشك أن منع نفس العمرة فى أشهر الحج للمكي متعين على الاحتمال الأول الذى أبديناه فى قوله وليس لأهل مكة تمتع ولا قران الخ ، وهو أن العمرة لاتتحقق منه أصلا لأنه إذا لم يتحقق منه حقيقة التمتع الشرعية لايكون منعه من التمتع إلا للعمرة ، فكان حاصل منع صورة التمتع إما لمنع العمرة أو الحج ، والحج غير ممنوع منه فتعينت العمرة غير أنى رجحت أنها تتحقق ، ويكون مستأنسا بقول صاحب التحفة لكن الأوجه خلافه لتصريح أهل المذهب من أبى حنيفة وصاحبيه فى الآفاقى الذى يعتمر ثم يعود إلى أهله ولم يكن ساق الهدى ثم حج من عامه بقولهم بطل تمتعه وتصريحهم بأن من شرط التمتع مطلقا أن لايلم بأهله بينهما إلماما صحيحا ولا وجود للمشروط قبل وجود شرطه . ولا شك أنهم قالوا بوجود الفاسد مع الإثم ولم يقولوا بوجود الباطل شرعا مع ارتكاب النهى كبيع الحر ليس ببيع شرعى . ومقتضى كلام أئمة المذهب أولى بالاعتبار من كلام بعض المشايخ ، وإنما لم نسلك فى منع العمرة فى أشهر الحج مسلك صاحب البدائع لأنه بناه على

تمتع بعيد يصلح لذلك فيصار إليه لأن العمل إذا أمكن بالحقيقة لايصار إلى المجاز بالاتفاق فتكون الآية حجة عليه . فإن قيل : فما الجواب عن استدلاله بإطلاقه ؟ قلت : لا إطلاق ثمة بل كلمة من عامة خصت بقوله ـ ذلك لمن لم يكن

والحجة عليه قوله تعالى ـ ذلك لمن لم يكن أهله حاضرى المسجد الحرام ـ ولأن شرعهما للترفه بإسقاط إحدى السفرتين

أمر لم يلزم ثبوته على الخصم . وهو قوله جاء فى بعض الأوجه أن المراد للحج أشهر واللام للاختصاص . وهذا مما للخصم منعه . ويقول : بل جاز كون المراد أن الحج فى أشهر معلومات فيفيد أنه يفعل فيها لافى غيرها وهو لايستلزم أن لايفعل فيها غيره . والله أعلم (قوله والحجة عليه) مدار احتجاج الشافعى على أن نسخ ترك العمرة فى أشهر الحج عام فى حق المكى وغيره . ومعلوم شرعية الحج فى حق الكل فجاز التمتع للكل . وقوله تعالى ـ ذلك لمن لم يكن أهله حاضرى المسجد الحرام ـ لاينفيه . إذ مرجع الإشارة إلى الهدى لا التمتع فثبت بذلك جواز المتعة لهم وسقوط الهدى عنهم . قلنا : بل مرجع الإشارة التمتع لوصلها باللام . وهى تستعمل فيما لنا أن نفعله ، والتمتع لنا أن نفعله . بخلاف الهدى فإنه علينا . فلو كان مرادا لجىء مكان اللام بعلى فقيل ذلك على من لم يكن أهله حاضرى المسجد الحرام . فإن قيل : شرع العمرة فى أشهر الحج عام . قلنا ممنوع بل ذلك على القول الذى رددناه . وعلى تقديره أيضا لايفيد لأنا نجيز للمكى العمرة فى أشهر الحج . فإن أريد المجموع من العمرة مع الحج من عامه وهو المعبر عنه بالتمتع بالعمرة إلى الحج فى النص فهو أول المسئلة ومحل النزاع . ثم إن علنا دليل التخصيص أعنى قوله تعالى ـ ذلك لمن لم يكن أهله حاضرى المسجد الحرام بكونه ملما بأهله بين أدائهما فلم يكمل

أهله حاضرى المسجد الحرام ـ . وقوله (ولأن شرعهما) دليل معقول لنا . وتقريره شرع المتعة والقران لأجل الترفه (بإسقاط إحدى السفرتين) وهو ظاهر . والترفه بذلك فى حق الآفاقى لأن غيره لايشق عليه هذا السفر لقربه حتى يترفه . واعترض بوجهين : أحدهما أن النص إن كان يقتضى ماذكرتم على ما زعمتم لكن تخصيص الشىء بالذكر لايدل على النفى عما عداه . والثانى أن الله تعالى شرع القران والمتعة إبانة لنسخ ما كان عليه أهل الجاهلية من تحريمهم العمرة فى أشهر الحج ، والنسخ يثبت فى حق الناس كافة . ورجوع الإشارة إلى ماذكرتم ينافى ذلك . وأجيب عن الأول بأن تخصيص الشىء بالذكر كما أنه لايدل على نفى الحكم عما عداه لايدل على ثبوته له أيضا ، والأصل فيه العدم فيبقى إلى أن يدل الدليل على خلافه . وعن الثانى بأن النسخ ثابت عندنا فى حق المكى أيضا ، حتى لو اعتمر فى أشهر الحج جاز بلا كراهة ، ولكن لايدرك فضيلة التمتع لأن الإلمام قطع متعته كما قطع متعة الآفاقى إذا رجع بين النسكين إلى أهله ، وفيه نظر لأنه يستدل به على بطلان المتعة لاعلى عدم إدراك الفضيلة . والصواب أن يقال :

(قال المصنف : والحجة عليه قوله تعالى ـ ذلك لمن لم يكن أهله حاضرى المسجد الحرام ـ) أقول : قال النسفى فى تفسيره : اختلفوا فى المراد بحاضرى المسجد الحرام . فعند أبى حنيفة رحمه الله هم أهل المواقيت وهى ذو الحليفة والجحفة وقرن ويلملم وذات عرق ، فكل من كان من أهل هذه المواضع أو من أهل ماوراءها إلى مكة فهو من حاضرى المسجد الحرام لأنه لم يكن من المسافرين حينئذ اهـ . وفيه بحث ، لأنه يلزم على هذا أن يكون كل من كان بينه وبين مكة أقصر من مدة السفر من حاضرى المسجد الحرام وإن كان مكانه دون الميقات كما هو مذهب الشافعى رحمه الله (قوله لكن تخصيص الشىء بالذكر لايدل على النفى عما عداه) أقول : الاستدلال ليس بالمفهوم حتى يرد ما ذكره بل بمنطوق قوله تعالى ـ لمن لم يكن ـ فإن اللام الاختصاصية تدل على النفى عمن كان من حاضرى المسجد الحرام فتأمل وبعد ما كتبت هذا راجعت البدائع فوجدته قد استدل على المطلوب بهذا الوجه فشكرت الله تعالى (قوله والأصل فيه العدم) أقول : غير مسلم . ومن أين ثبت ذلك (قوله لأن الإلمام قطع متعته) أقول : أنت خبير بأن قوله إن الإلمام قطع متعته إن كان صحيحا فى نفسه يلزم بطلان المتعة ولا يصح ما قاله ، ولو تمتعوا جاز وأساءوا وإن لم يكن صحيحا فلا بد من بيان وجه عدم صحته وأنى له ذلك؟ (قوله وفيه نظر لأنه يستدل الخ) أقول : لك أن تقول إضافة الفضيلة إلى التمتع بيانية .

وهذا فى حق الآفاقى ،ومن كان داخل الميقات فهو بمنزلة المكى حتى لايكون له متعة ولا قران، بخلاف المكى إذا خرج إلى الكوفة وقرن حيث يصح لأن عمرته وحجته ميقاتيتان فصار بمنزلة الآفاقى

معنى الارتفاق فى حق أهل مكة بشرعهما فى أشهر الحج ، بخلاف الآفاقى فتقاصر عن إيجاب الشكر بإراقة الدم بالنسبة إلى الآفاقى فعدّيناه إلى كل من ألمّ بأهله بين النسكين حتى إذا اعتمر الآفاقى فى أشهر الحج ثم رجع إلى أهله فأقام ثم حج من عامه لايكون متمتعا ، وصار شرط التمتع المأذون فيه شرعا أن لايلم بأهله بهذا المأخذ ، إلا أن أبا حنيفة فرق بين كون العود مستحقا على الآفاقى بأن كان ساق الهدى أولا فجعل الإلمام عند استحقاق العود شرعا كعدمه وسيأتى . وإذا علمت هذا فمقتضاه مع ماقدمنا من الحق من أن التمتع بإطلاق القرآن الكريم والألفاظ الصحابة يعم القران لأنه تمتع للارتفاق بالعمرة فى أشهر الحج اشتراط عدم الإلمام للقران المأذون فيه أيضا . فيقتضى فى المكى إذا خرج إلى الكوفة ثم عاد فأحرم بهما من الميقات فى أشهر الحج ثم فعلهما أن لايكون القران الشرعى المستعقب الحكم المعلوم من إيجاب الدم شكرا . وهو خلاف ماذكروه مما نص عليه المصنف بقوله : بخلاف المكى إذا خرج إلى الكوفة الخ . قالوا : خص المكى بالقران لأنه لاتمتع له فى مثل هذه الصورة لأنه ملمّ بأهله بعد العمرة ولو ساق الهدى لأن العود غير مستحق عليه ، ومقتضى الدليل ما أعلمتك ، بل ويقتضى أيضا بأدنى تأمل وجوب الدم جبرا على الآفاقى إذا عاد وألم ثم رجع وحج من عامه إذا كانوا أوجبوه على المكى إذا تمتع لارتكابه النهى ، وأنت علمت أن مناط نهيه وجود الإلمام وهو ثابت فى الآفاقى الملم ، والله سبحانه وتعالى أعلم . وقوله (لأن عمرته وحجته ميقاتيتان فكان كالآفاقى) قالوا يشير إلى أن عدم صحة التمتع منه إذا كان بمكة لإخلاله بميقات أحد النسكين لأنه إن أحرم بهما من الحرم أخل بميقات العمرة ، أو من الحل فبميقات الحج للمكى فيكره ويلزمه الرفض ، ولا يخفى أن ترك الإحرام من الميقات لايوجب عدم صحة النسك المعين ؛ ألا ترى لو أن آفاقيا جاوز الميقات ثم أحرم بهما وفعلهما أنه يكون قارنا ويلزمه دم القران مع دم الوقت كما لو جنى على إحرامه بل أولى إذا تأملت . على أن المانع لو كان هذا لصح قران كل مكى بطريق أن يخرج إلى أدنى الحل كالتنعيم فيحرم بعمرة ثم يخطو خطوة فيدخل أرض الحرم فيحرم بالحج ، لكن المنع عام وسببه ليس إلا الآية والقران من التمتع ، وقد صرح به المصنف فقال فى آخر الباب : والقران منه : أى من التمتع . هذا ثم قيد المحبوبى قران المكى بأن يخرج من الميقات إلى الكوفة مثلا قبل أشهر الحج . أما إذا خرج بعد دخولها فلا قران له ، لأنه لما دخلت أشهر الحج وهو داخل المواقيت فقد صار ممنوعا من القران شرعا فلا يتغير ذلك بخروجه من الميقات ،هكذا روى عن محمد . وقد يقال : إنه لايتعلق به خطاب المنع مطلقا ، بل مادام بمكة ، فإذا خرج إلى الآفاق التحق بأهله لما عرف أن كل من وصل إلى مكان صار ملحقا بأهله ، كالآفاقى إذا قصد بستان بنى عامر حتى جاز له دخول مكة بلا إحرام

لأن متعته نقصت عن متعة الآفاقى بصيرورة دمه دم جبر . وقوله (ومن كان داخل الميقات فهو بمنزلة المكى حتى لايكون له متعة ولا قران) هذا راجع إلى تفسير حاضرى المسجد الحرام . فعندنا هم أهل مكة ، ومن كان داخل الميقات سواء كان بينه وبين مكة مسيرة سفر أو لم يكن ، وعند الشافعى : هم أهل مكة ومن حولها إذا لم يكن بينه وبين مكة مسيرة سفر ، كذا فى مبسوط شيخ الإسلام . وقوله (بخلاف المكى) متصل بقوله وليس لأهل مكة تمتع ولا قران : يعنى ليس له ذلك مادام بمكة ، بخلاف ما (إذا خرج إلى الكوفة وقرن حيث يصح) بلا كراهة (لأن عمرته وحجته ميقاتيتان فصار بمنزلة الآفاقى) قال المحبوبى : هذا إذا خرج إلى الكوفة قبل أشهر الحج ،

(وإذا عاد المتمتع إلى بلده بعد فراغه من العمرة ولم يكن ساق الهدى بطل تمتعه) لأنه ألمّ بأهله فيما بين النسكين إلماما صحيحا وبذلك يبطل التمتع . كذا روى عن عدّة من التابعين . وإذا ساق الهدى فإلمامه لايكون صحيحا ولا يبطل تمتعه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله : يبطل لأنه أداهما بسفرتين . ولهما أن العود مستحق عليه ما دام على نية التمتع لأن السوق يمنعه من التحلل فلم يصح إلمامه . بخلاف المكى إذا خرج إلى الكوفة وأحرم بعمرة وساق الهدى حيث لم يكن متمتعا لأن العود هناك غير مستحق عليه فصح إلمامه

وغير ذلك ، وأصل هذه الكلية الإجماع ، على أن الآفاقى إذا قدم بعمرة فى أشهر الحج إلى مكة كان إحرامه بالحج من الحرم وإن لم يقم بمكة إلا يوما واحدا فإطلاق المصنف حينئذ هو الوجه هذا وأما على ما قدمناه من البحث فلا يصح منه القران الجائز ما لم ينقض وطنه بمكة للزوم اشتراط عدم الإلمام فيه كالتمتع . فإن قرن لزمه دم كما لو قرن وهو بمكة لما علمت من أن القران من ما صدقات التمتع بالنظم القرآنى ويلزم فيه وجود أكثر أشواط العمرة فى أشهر الحج لأنه التمتع بالعمرة إلى الحج فى أشهر الحج . ووجوب الشكر بالدم ما كان إلا لفعل العمرة فيها ثم الحج فيها ، وهذا فى القران كما هو فى التمتع . وما عن محمد فيمن أحرم بهما وطاف لعمرته فى رمضان أنه قارن ولا دم عليه مراد به القارن بالمعنى اللغوى ، إذ لاشك فى أنه قرن : أى جمع ، ألا ترى أنه نفى لازم القران بالمعنى الشرعى المأذون فيه وهو لزوم الدم ونفى اللازم الشرعى نفى الملزوم الشرعى . والحاصل أن النسك المستعقب للدم شكرا هو ماتحقق فيه فعل المشروع المرتفق به الناسخ لما كان فى الجاهلية وذلك بفعل العمرة فى أشهر الحج ، فإن كان مع الجمع فى الإحرام قبل أكثر طواف العمرة فهو المسمى بالقران وإلا فهو التمتع بالمعنى العرفى وكلاهما التمتع بالإطلاق القرآنى وعرف الصحابة . وهو فى الحقيقة إطلاق اللغة لحصول الرفق بهذا النسخ . هذا كله على أصول المذهب ، وأما ما أعتقده مقتضى الدليل فسأذكره من قريب إن شاء الله تعالى (قوله وإذا عاد) الحاصل أن عود الآفاقى الفاعل للعمرة فى أشهر الحج إلى أهله ثم رجوعه وحجه من عامه إن كان لم يسق الهدى بطل تمتعه باتفاق علمائنا ، وإن كان ساق الهدى فكذلك عند محمد . وقال أبوحنيفة وأبويوسف : لايبطل إلحاقا لعوده بالعدم بسبب استحقاق الرجوع شرعا إذا كان على عزم المتعة . والتقييد بعزم المتعة لنفى استحقاق العود شرعا عند عدمه فإنه لو بدا له بعد العمرة أن لايحج من عامه لايؤاخذ بذلك فإنه لم يحرم بالحج بعد ، وإذا ذبح الهدى أو أمر بذبحه يقع تطوّعا ، ثم استدل المصنف عليه بقول التابعين ، وقول من نعلمه قاله منهم مطلق . والظاهر أنهم أيضا أخذوه من قوله تعالى — ذلك لمن لم يكن أهله حاضرى المسجد الحرام — إذ لاسنة ثابتة فى ذلك من روايتهم : روى الطحاوى

وأما إذا خرج بعدها فقد منع من القران فلا يتغير بخروجه من الميقات . وإنما خص القران بالذكر لأنه إذا خرج المكى إلى الكوفة واعتمر لايكون متمتعا على مانذكره . قوله (وإذا عاد المتمتع إلى بلده بعد فراغه من العمرة ولم يكن ساق الهدى بطل تمتعه) باتفاق أصحابنا (لأنه ألمّ بأهله فيما بين النسكين إلماما صحيحا) وقد تقدم تفسيره (وبذلك يبطل التمتع كذا روى عن) ابن عباس و (عدّة من التابعين) وهذا لأن حدّ التمتع ليس بصادق عليه حيث أنشأ لكل نسك سفرا من أهله ، والمتمتع من يترفق بأداء النسكين فى سفرة واحدة (وإذا ساق الهدى فإلمامه لايكون صحيحا) على ما ذكره فى الكتاب وهو واضح . وقوله (بخلاف المكى) متصل بقوله وإذا ساق الهدى فإلمامه لايكون صحيحا : يعنى الآفاقى إذا فعل ذلك لايكون إلمامه صحيحا بخلاف المكى (إذا خرج إلى الكوفة وأحرم بعمرة وساق الهدى حيث لم يكن متمتعا لأن العود هناك غير مستحق عليه) لأن المراد بالعود هو مايكون عن الوطن

بأهله (ومن أحرم بعمرة قبل أشهر الحج فطاف لها أقل من أربعة أشواط ثم دخلت أشهر الحج فتممها وأحرم بالحج كان متمتعا) لأن الإحرام عندنا شرط فيصح تقديمه على أشهر الحج . وإنما يعتبر أداء الأفعال فيها وقد وجد الأكثر وللأكثر حكم الكل (وإن طاف لعمرته قبل أشهر الحج أربعة أشواط فصاعدا ثم حج من عامه ذلك لم يكن متمتعا) لأنه أدى الأكثر قبل أشهر الحج . وهذا لأنه صار بحال لايفسد نسكه بالجماع فصار كما إذا تحلل منها قبل أشهر الحج . ومالك رحمه الله يعتبر الإتمام فى أشهر الحج والحجة عليه ماذكرنا ،

عن سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس ومجاهد والنخعى أن المتمتع إذا رجع بعد العمرة بطل تمتعه ، وكذا ذكر الرازى فى كتاب [أحكام القرآن] . والذى يظهر من مقتضى الدليل أن لاتمتع لأهل مكة ولا قران ، وأن رجوع الآفاقى إلى أهله ثم عوده وحجه من عامه لايبطل تمتعه مطلقا . وهذا لأن الله تعالى قيد جواز التمتع بعدم الإلمام بالأهل القاطنين بالمسجد الحرام : أى مكة ومن ألحق بأهلها بقوله تعالى ـ ذلك لمن لم يكن أهله حاضرى المسجد الحرام ـ فأفاد مانعية الإلمام عن التمتع وعليته لعدم الجواز بقيد كونه فى مكة ، فتعدية المنع بتعدية الإلمام إلى ما بغير حاضرى المسجد الحرام من الأهل تبتنى على إلغاء قيد الكون بالمسجد الحرام واعتبار المؤثر مطلق الإلمام وصحته تتوقف على عقلية عدم دخول القيد فى التأثير وكونه طرديا . والواقع خلافه للعلم بأن حصول الرفق التام بشرعية العمرة فى أشهر الحج المنتهض مؤثرا فى إيجاب الشكر إذا حج فى تلك الأشهر التى اعتمر فيها إنما هو للآفاقى لالحاضرى المسجد الحرام القاطنين فيه لأنهم لايلحقهم من المشقة نحو مايلحق الآفاقى بمنع العمرة فى أشهر الحج ، بخلاف الآفاقى فكان فائدة شرعية العمرة فيها فى حق الآفاقى هو الظاهر فناسب أن يخص هو بشرعية التمتع فكان قيد حضور الأهل فى الحرم ظاهر الاعتبار فى المنع من التمتع فلا يجوز إلغاؤه ، والله سبحانه أعلم (قوله ومالك يعتبر الإتمام فى أشهر الحج) أى فى كونه متمتعا إذا حج من عامه . فالمذاهب ثلاثة : مذهبنا : يصير متمتعا إذا أدى أكثر أفعال العمرة فى أشهر الحج وإن أحرم بها قبلها . ومذهب مالك : إذا أتمها فيها وإن فعل الأكثر خارجها . ومذهب الشافعى : لايصير متمتعا حتى يحرم بالعمرة فى أشهر الحج وهو بناء على أن الإحرام ركن . وعندنا هو

إلى الحرم أو إلى مكة وليس ههنا بموجود لكونه فى الحرم أو فى مكة فلا يتصوّر العود ، وإذا ساق الهدى لايكون متمتعا فلأن لايكون إذا لم يسق كان أولى . وقوله (ومن أحرم بعمرة قبل أشهر الحج) فيه ثلاثة مذاهب : ذهب الشافعى إلى أنه إذا أحرم بالعمرة قبل أشهر الحج لايكون متمتعا وإن أدى الأعمال فيها . وقال مالك : هو متمتع وإن لم يؤدّ فيها إذا كان التحلل عن إحرام العمرة فيها . وقلنا : إن أدى أربعة أشواط فيها كان متمتعا وإلا فلا . وجه قول الشافعى إنه لم يجمع بين النسكين فى أشهر الحج لتقدم ركن العمرة عليها وهو الإحرام ، ووجه قول مالك أن الجمع بينهما موجود باعتبار الإتمام وهو التحلل فيها ، ولنا ما ذكر فى الكتاب أن الإحرام شرط فجاز تقديمه كتقديم الطهارة على وقت الصلاة ، والاعتبار بأداء الأفعال فيها وقد وجد الأكثر وللأكثر حكم الكل . قيل : الم يعارضه نص فإن ثلاث ركعات من الظهر ليس لها حكم الكل لمعارضة النص الناطق برباعية الظهر . قوله , فإن طاف لعمرته قبل أشهر الحج) ظاهر مما ذكرناه . قوله (وهذا) إشارة إلى أنه لم يكن متمتعا ، وأراد بالنسك العمرة ، ومعناه أن نسك العمرة يفسد إذا جامع بعد ما طاف ثلاثة أشواط ولم يفسد بعد ماطاف أربعة أشواط ، فإن طاف أربعة أشواط قبل أشهر الحج صار بحيث لايفسد نسكه بالجماع فصار كأنه تحلل قبل أشهر الحج ، ولو تحلل قبلها لم يكن متمتعا فكذا هذا ، وعلى هذا يكون هذا المذكور حجة على مالك لأنه يعتبر الإتمام وهذا فى حكم

ولأن الترفق بأداء الأفعال والمتمتع المترفق بأداء النسكين فى سفرة واحدة فى أشهر الحج . قال (وأشهر الحج شوّال وذو القعدة وعشر من ذى الحجة) كذا روى عن العبادلة الثلاثة وعبد الله بن الزبير رضى الله تعالى عنهم أجمعين ، ولأن الحج يفوت بمضى عشر ذى الحجة ، ومع بقاء الوقت لايتحقق الفوات ،

شرط فلا يكون من مسمى العمرة . هذا وهل يشترط فى القران أيضا أن يفعل أكثر أشواط العمرة فى أشهر الحج ؟ ذكر فى المحيط أنه لايشترط ، وكأنه مستند فى ذلك إلى ماقدّمناه عن محمد رحمه الله فيمن أحرم بهما ثم قدم مكة وطاف لعمرته فى رمضان أنه قارن ولا هدى عليه ؛ وتقدّم أنه غير مستلزم لذلك ، وأن الحق اشتراط فعل أكثر العمرة فى أشهر الحج لما قدمناه (قوله كذا روى عن العبادلة الثلاثة وعبد الله بن الزبير) العبادلة فى عرف أصحابنا

الإتمام فى حق عدم الفساد فكذا فى حق كونه غير متمتع (ولأن الترفق) إنما يكون (بأداء الأفعال ، والمتمتع هو المترفق بأداء النسكين فى سفرة واحدة فى أشهر الحج) فلا بد أن توجد الأفعال كلها أو أكثرها فيه حتى يكون متمتعا . والجواب عن الشافعى يفهم من هذا لأن الإحرام ليس من أفعال العمرة بل هو من الشروط (قال : وأشهر الحج شوّال وذو القعدة وعشر من ذى الحجة) لما ذكر أن المتمتع هو الذى يترفق بأداء النسكين فى سفرة واحدة فى أشهر الحج احتاج إلى أن يبين الأشهر فقال : أشهر الحج شوّال وذو القعدة وعشر من ذى الحجة . فإن قلت : هل للمتمتع اختصاص بذلك أو القارن أيضا لابدّ له أن يجمع بين النسكين فى أشهر الحج . قلت : قال صاحب النهاية : وجدت رواية فى المحيط أنه لايشترط لصحة القران ذلك . قال فى المنتقى : رجل جمع بين حجة وعمرة : أى أحرم ثم قدم مكة وطاف لعمرته فى شهر رمضان كان قارنا ولكن لا هدى عليه . قوله (كذا روى عن العبادلة الثلاثة وعبد الله بن الزبير) إنما فصل عبد الله بن الزبير عن العبادلة وهم عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس لأنه ماكان يفهم فى عرفهم من إطلاق العبادلة إلا هؤلاء الثلاثة ، وأما فى عرف المحدثين فالعبادلة عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عمرو وعبد الله بن الزبير وليس عبد الله ابن مسعود منهم لأنه كان تقدم موته (ولأن الحج يفوت بمضى عشر ذى الحجة ومع بقاء الوقت لايتحقق الفوات) وفى هذا إشارة إلى نفى قول مالك إن وقت الحج جميع الأشهر الثلاثة ، وهو مروى عن عروة بن الزبير استدلالا بقوله تعالى ـ الحج أشهر معلومات ـ وأقل الجمع المتفق عليه ثلاثة . وفائدة ذلك إنما تظهر فى حق جواز تأخير طواف الزيارة إلى آخر ذى الحجة . فإن قلت : الحج يفوت بمضى عشر ليال وتسعة أيام فلا يكون اليوم العاشر وهو يوم النحر من وقت الحج . قلت : هو متمسك أبى يوسف فى غير ظاهر الرواية ، ولكنا نقول : فوات الحج بطلوع الفجر من يوم النحر لأن الوقوف وهو الركن الأعظم موقت بوقت مخصوص يفوت بفواته لا لأنه خرج وقت الحج ؛ ألا ترى أن طواف الزيارة مخصوص بيوم النحر لايجوز قبله وهو ركن والركن لايجوز أن يكون فى غير وقته . ولقائل أن يقول : إن اعتبرتم الفوات يلزم أن لايكون يوم النحر من وقت الحج ، وإن اعتبرتم أداء الأركان وجب أن يكون اليوم الثانى والثالث من وقت الحج لأن طواف الزيارة يجوز فيهما ، وحينئذ جاز أن يكون ذو الحجة إلى آخره من وقت الحج كما قال مالك ، والحق أن يقال : المعوّل فى ذلك مانقل عن العبادلة وغيرهم من الصحابة والتابعين أن أشهر الحج شوّال وذو القعدة وعشر من ذى الحجة ، وفيه نظر لأن المنقول عنهم

(قال المصنف : ولأن الحج يفوت بمضى عشر ذى الحجة) أقول : فيه بحث ، لأن طواف الإفاضة يجوز فى الحادى عشر والثانى عشر على ماسبق

وهذا يدل على أن المراد من قوله تعالى ـ الحج أشهر معلومات شهران وبعض الثالث لا كله

عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس رضى الله عنهم ، وفى عرف غيرهم أربعة أخرجوا ابن مسعود وأدخلوا ابن عمرو بن العاص وابن الزبير ، قاله أحمد بن حنبل وغيره . وغلطوا صاحب الصحاح إذ أدخل ابن مسعود وأخرج ابن عمرو بن العاص ، قيل لأن ابن مسعود تقدمت وفاته وهؤلاء عاشوا حتى احتيج إلى علمهم . ولا يخفى أن سبب غلبة لفظ العبادلة فى بعض من سمى بعبد الله من الصحابة دون غيرهم مع أنهم نحو مائتى رجل ليس إلا لما يؤثر عنهم من العلم وابن مسعود أعلمهم ، ولفظ عبد الله إذا أطلق عند المحدثين انصرف إليه فكان اعتباره من مسمى لفظ العبادلة أولى من الباقين ، ولو سلم أنه لا غلبة فى اعتباره جزء المسمى فلا مشاحة فى وضع الألفاظ . ثم حديث ابن عمر أخرجه الحاكم وصححه وعلقه البخارى ، وحديث ابن عباس أخرجه الدارقطنى وكذا أخرجه أيضا عن ابن مسعود ، وأخرجه ابن أبى شيبة أيضا . وحديث ابن الزبير أخرجه الدارقطنى عنه قال : أشهر الحج شوّال ، وذو القعدة وذو الحجة ، إن هذه الأشهر ليست أشهر العمرة إنما هى للحج وإن كان عمل الحج قد انقضى بانقضاء أيام منى . وعن أبى يوسف أنه أخرج يوم النحر عنها فهى شوّال وذو القعدة وعشر ليال من ذى الحجة ، واستبعد باستبعاد أن يوضع لأداء ركن عبادة وقت ليس وقتها ولا هو منه . وفائدة كونه من أشهر الحج تظهر فيما لو قدم المحرم بالحج يوم النحر فطاف للقدوم وسعى وبقى على إحرامه إلى قابل فإنه لا سعى عليه عقيب طواف الزيارة لوقوع ذلك السعى معتدا به ، وأيضا لا يكره الإحرام بالحج فيه مع أنه يكره الإحرام بالحج فى غير أشهر الحج ؛ وأيضا لو أحرم بعمرة يوم النحر فأتى بأفعالها ثم أحرم من يومه ذلك بالحج وبقى

وعشر من ذى الحجة بالتذكير وهو الليالى فلا يكون حجة فى دخول يوم النحر فى وقت الحج . والجواب أن ذكر أحد العددين من الليالى والأيام بلفظ الجمع يقتضى دخول ما بإزائه من العدد الآخر كما تقدم فى الاعتكاف. فإن قيل : سلمنا ذلك لكن ما وجه دخول شوّال وذى القعدة فى وقته وأداء الحج لا يصح فيهما ؟ أجيب بأن بعض أفعاله يصح فيهما ؛ ألا ترى أن الآفاقى إذا قدم مكة فى شوّال وطاف طواف القدوم وسعى بعده فإن هذا السعى يكون السعى الواجب فى الحج فإنه لا يجب إلا مرة واحدة ، ولو فعل ذلك فى رمضان لم يجزه عن السعى الواجب فى الحج . وقوله (وهذا) أى ما روى عن العبادلة وما ذكرنا من المعقول (يدل على أن المراد من قوله تعالى ـ الحج أشهر معلومات ـ شهران وبعض الشهر الثالث لا كله) ولم يذكر كيفية الدلالة على ذلك . ومن الشارحين من قال : لفظ أشهر عام فيجوز أن يراد منه بعض وليس بشىء لأن ما ينتهى إليه الخصوص إذا كان العام جمعا الثلاثة ، ولأن الخصوص إنما يكون بإخراج بعض أفراد العام لا بإخراج بعض كل فرد . ومنهم من قال : اسم الجمع يشترك فيه ماوراء الواحد بدليل قوله تعالى ـ فقد صغت قلوبكما ـ فإن المراد بالجمع التثنية . ورد بأن ذلك عند عدم الإلباس كما فى هذا المثال وما نحن فيه ملبس . وأقول : هو من باب ذكر الكل وإرادة الجزء . فإن قلت : فيكون مجازا فلا بد له من قرينة . قلت : سياق الكلام لأنه قال الحج أشهر والحج نفسه ليس بأشهر ، فكان تقديره والله أعلم : الحج فى أشهر . والظرف لا يستلزم الاستغراق فكان البعض مرادا . وعينه ماروى عن

(قوله ولم يذكر كيفية الدلالة على ذلك) أقول : أى كيفية دلالة لفظ الأشهر على شهرين وبعض الثالث ، لا كيفية دلالة ماروى عن العبادلة وما ذكر من المعقول (قوله والظرف لا يستلزم الاستغراق) أقول : الأصوب أن يقال : لا يجامع الاستغراق (قوله فكان البعض مرادا الخ) أقول : فيه نظر

(فإن قدّم الإحرام بالحج عليها جاز إحرامه وانعقد حجا) خلافا للشافعى رحمه الله، فإن عنده يصير محرما بالعمرة لأنه ركن عنده وهو شرط عندنا فأشبه الطهارة فى جواز التقديم على الوقت ، ولأن الإحرام تحريم أشياء وإيجاب أشياء ، وذلك يصح فى كل زمان فصار كالتقديم على المكان . قال (وإذا قدم الكوفى بعمرة فى أشهر الحج وفرغ منها وحلق أو قصر ثم اتخذ مكة أو البصرة دارا وحج من عامه ذلك فهو متمتع) أما الأول فلأنه ترفق بنسكين فى سفر واحد فى أشهر الحج . وأما الثانى فقيل هو بالاتفاق. وقيل هو قول أبى حنيفة رحمه الله. وعندهما لا يكون

محرما إلى قابل فحج كان متمتعا ، وهذا يعكر على ما تقدم ويوجب أن يوضع مكان قولهم وحج من عامه ذلك فى تصوير التمتع وأحرم بالحج من عامه ذلك (قوله فإن قدّم الإحرام بالحج عليها جاز) لكنه يكره . فقيل لأنه يشبه الشرط لعدم اتصال الأفعال والركن ، ولذا إذا أعتق العبد بعدما أحرم لا يتمكن من أن يخرج بذلك الإحرام عن الفرض ، فالجواز للشبه الأول والكراهة للثانى . وقيل هو شرط والكراهة للطول المفضى إلى الوقوع فى محظوره (قوله أما الأول) وهو ما إذا اتخذ مكة دارا حتى صار متمتعا بالاتفاق (وأما الثانى) وهو ما إذا اتخذ البصرة دارا (فقيل هو بالاتفاق) كالأول ، قاله الجصاص لأنه ذكره فى الجامع الصغير من غير خلاف (وقيل هو قول أبى حنيفة)

العبادلة وغيرهم . وقوله (فإن قدم الإحرام عليها) أى على أشهر الحج (جاز إحرامه) عندنا (وانعقد حجا خلافا للشافعى ، فإن عنده يصير محرما بالعمرة لأنه ركن عنده) فلا يتحقق قبل أوانه . فإن قيل : المذكور فى الكتاب يدل على أنه لا يقع عن الحج والمدعى وقوعه إحراما للعمرة . فالجواب أن الإحرام إذا وجد ولم يصلح أن يكون للحج ينصرف إلى ما يصلح له حذرا عن الإلغاء كمن نوى صوم القضاء من النهار فإنه يكون شارعا فى النفل (وهو شرط عندنا فأشبه الطهارة فى جواز التقديم على الوقت) فإن قيل : لو كان شرطا لما كره قبل أشهر الحج لكنه مكروه . أجيب بأن الكراهة ليست للتقديم على الوقت بل لئلا يقع فى المحظور بطول الزمان . وقوله (ولأن الإحرام تحريم أشياء) أى يستلزمه كتحريم قتل الصيد ولبس المخيط وحلق الرأس ونحو ذلك (وإيجاب أشياء) كالسعى والرمى وأمثالهما (وذلك يصح فى كل زمان فصار كالتقديم على المكان) يعنى الميقات . لا يقال : هذا كله تعليل فى مقابلة النص ، وهو ما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال « المهل بالحج فى غير أشهر الحج مهل بالعمرة » وفى ذلك دلالة على أنه ليس بشرط حيث لم يصح تقديمه. لأنا نقول : هذا الحديث شاذ جدا فلا يعتمد على مثله . قال (وإذا قدم الكوفى بعمرة) هذه المسألة على أربعة أوجه : الأول هو ما ذكره فى الكتاب بقوله (ثم اتخذ مكة دارا) يعنى أقام بها بعد ما فرغ من العمرة وحلق ثم حج من عامه ذلك وهو فى هذا الوجه متمتع . والثانى ما ذكره ثانيا بقوله (أو البصرة دارا وحج من عامه ذلك) وقال هو متمتع وهو ينصرف إلى الوجهين جميعا وهو رواية الجامع الصغير ولم يذكر فيه خلافا . والثالث هو أن يخرج من مكة ولا يتجاوز الميقات حتى يحج من عامه ذلك ، وفيه أيضا متمتع ، ولم يذكره لأن حكمه يعلم من الوجه الأول . والرابع هو أن يخرج من مكة ويتجاوز الميقات وعاد إلى أهله ثم حج من عامه ذلك. وفى هذا الوجه ليس بمتمتع لأنه ألمّ بأهله إلماما صحيحا ومثله لا يكون متمتعا ولم يذكره لكونه معلوما مما تقدم . وقوله (أما الأول) أى الوجه الأول وإنما صار فيه متمتعا (لأنه ترفق بنسكين فى سفر واحد فى أشهر الحج) من غير أن يلم بأهله إلماما صحيحا ومثله متمتع (وأما الثانى فقيل هو بالاتفاق) ذكر

(قال المصنف : فإن قدم الإحرام عليها جاز إحرامه) أقول : ومن تقرير الدليل يظهر وجه التفريع فإنه شرط منفصل يتقدم على الحج لأنه يكون يوم عرفة وما بعده فيجوز التقديم على وقته أيضا ، وهذا ليس كالتحريمة فإنه شرط متصل (قوله فإن قيل المذكور الخ)

متمتعا لأن المتمتع من تكون عمرته ميقاتية وحجته مكية ونسكاه هذان ميقاتيان . وله أن السفرة الأولى قائمة مالم يعد إلى وطنه، وقد اجتمع له نسكان فيها فوجب دم التمتع (فإن قدم بعمرة فأفسدها وفرغ منها وقصر ثم اتخذ البصرة دارا ثم اعتمر فى أشهر الحج وحج من عامه لم يكن متمتعا عند أبي حنيفة) رحمه الله (وقالا هو متمتع) لأنه إنشاء سفر وقد ترفق فيه بنسكين . وله أنه باق على سفره مالم يرجع إلى وطنه (فإن كان رجع إلى أهله ثم اعتمر فى أشهر الحج وحج من عامه يكون متمتعا فى قولهم جميعا) لأن هذا إنشاء سفر لانتهاء السفر الأول، وقد اجتمع له نسكان صحيحان فيه ، ولو بقى بمكة ولم يخرج إلى البصرة حتى اعتمر فى أشهر الحج وحج من عامه لايكون متمتعا بالاتفاق لأن عمرته مكية والسفر الأول انتهى بالعمرة الفاسدة ولا تمتع لأهل مكة (ومن اعتمر فى أشهر الحج وحج من عامه فأيهما

وفى قولهما لايكون متمتعا ، قاله الطحاوى . والمسألة التى تأتى بعد هذه وهى ما إذا أفسد العمرة ترجح قول الطحاوى ، ومبنى الخلاف فيها على أن سفره الأول انتقض بقصد البصرة والنزول بها ونحوها كالطائف وغيره مما هو خارج المواقيت أولا ، فعندهما نعم ، فلا يكون متمتعا فى الأولى لأنه لم يترفق بالنسكين فى سفرة ويكون متمتعا فى الثانية ، وهى ما إذا أفسد العمرة ثم اتخذ البصرة دارا ثم قدم بعمرة قضاء وحج من عامه لأن ذلك السفر انتهى بالفاسدة ، وهذا سفر آخر حصل فيه نسكين صحيحين . وعنده لا فيكون متمتعا فى الأولى لحصولهما صحيحين فى سفرة ولا يكون متمتعا فى الثانية لأنه لم يحصلهما صحيحين فى السفرة الواحدة ، وتقييدهم بكونه اتخذ

الجصاص أنه لايكون متمتعا على قول الكل ، ذكره فى المحيط ، وقول المصنف ملبس لأنه قال فقيل هو بالاتفاق وهو يحتمل أن يكون فى كونه متمتعا وفى كونه لايكون متمتعا . والثانى هو المراد على ماذكره الجصاص . وروى الحاكم الشهيد عن أبي عصمة سعد بن معاذ أن ماذكر فى الكتاب : يعنى الجامع الصغير قول أبي حنيفة ، وعلى قولهما لايكون متمتعا ، وهكذا ذكر الطحاوى لأن المتمتع من تكون عمرته ميقاتية وحجته مكية ، وهذا ليس كذلك لأن نسكيه ميقاتيان لأنه بعد ما جاوز الميقات حلالا وعاد يلزمه الإحرام من الميقات فكان كالملم بأهله . ولأبي حنيفة أن السفرة الأولى قائمة ما لم يعد إلى أهله فكان بمنزلة من لم يخرج من الميقات حتى عاد وحج . والحاصل أن الأصل عنده أنه مالم يصل إلى أهله فهو بمنزلة من لم يجاوز الميقات . وعندهما أن من خرج من الميقات بمنزلة من وصل إلى أهله وإنما قال فوجب دم التمتع ولم يقل فهو متمتع لأن فائدة الخلاف تظهر فى حق وجوب الدم ، فقال وجب دم التمتع وهو دم قربة لكونه دم شكر ولهذا حل له التناول منه فيصار إلى إيجابه باعتبار هذه الشبهة احتياطا . وقوله (فإن قدم بعمرة) أى بإحرام عمرة (فأفسدها) بأن جامع امرأته قبل أعمال العمرة (وفرغ منها) يعنى مضى (وقصر) وتحلل (ثم اتخذ البصرة دارا ثم اعتمر فى أشهر الحج) أى قضى العمرة التى أفسدها (وحج من عامه ذلك لم يكن متمتعا عند أبي حنيفة) يعنى إذا كان خروجه إلى البصرة فى أشهر الحج ، وأما إذا خرج قبل

أقول : يعنى قوله لأنه ركن عنده (قوله وقول المصنف ملبس لأنه الخ) أقول : لاإلباس فيه لظهور أن مراد المصنف هو الأول ، والاتفاق الذى ذكره الجصاص فى كونه متمتعا . قال الإمام فخر الإسلام فى شرح الجامع الصغير : محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمه الله فى كوفى أتى بعمرة فى أشهر الحج فطاف لها وسعى بين الصفا والمروة ثم حلق أو قصر ثم اتخذ مكة دارا أو أتى البصرة فاتخذها دارا ثم حج من عامه ، قال هو متمتع . وذكر الطحاوى فى هذه المسئلة أن عند أبي يوسف ومحمد لايصير متمتعا . قال الجصاص : وهذا سهو ، والصواب أنه بلا خلاف كما ذكر فى الكتاب وفى شرح الإمام قاضيخان للجامع الصغير . وأما الوجه الثالث إذا اعتمر فى أشهر الحج ثم رجع إلى غير بلده إلى البصرة أو إلى الطائف ونحو ذلك ثم حج من عامه ذلك فهو متمتع . وذكر الطحاوى أن هذا قول أبي حنيفة رحمه الله . أما على قول

أفسد مضى فيه) لأنه لايمكنه الخروج عن عهدة الإحرام إلا بالأفعال(وسقط دم المتعة) لأنه لم يترفق بأداء نسكين صحيحين فى سفرة واحدة (وإذا تمتعت المرأة فضحت بشاة لم يجزها عن المتعة) لأنها أتت بغير الواجب ، وكذا الجواب فى الرجل (وإذا حاضت المرأة عند الإحرام اغتسلت وأحرمت وصنعت كما يصنعه الحاج غير أنها لاتطوف بالبيت حتى تطهر)

البصرة ونحوها دارا اتفاقى ، بل لا فرق بين أن يتخذها دارا أو لا . صرح به فى البدائع فقال : فأما إذا عاد إلى غير أهله بأن خرج من الميقات ولحق بموضع لأهله القران والتمتع كالبصرة مثلا واتخذ هناك دارا أولم يتخذ توطن بها أولم يتوطن الخ ، وإذا رجعت إلى ماسمعت من قريب من أن من وصل إلى مكان كان حكمه حكم أهله إذا كان قصده إليه زال الريب

[فروع] لو عاد إلى أهله بعد ما طاف لعمرته قبل أن يحلق ثم حج من عامه فهو متمتع لأن العود مستحق عليه عند من جعل الحرم شرط جواز الحلق وهو أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله . وعند أبى يوسف رحمه الله إن لم يكن مستحقا فهو مستحب كذا فى البدائع . وذكر بعده بنحو ورقتين فيمن اعتمر فى أشهر الحج فقال : وإن رجع إلى أهله بعد ما طاف أكثر طواف العمرة أوكله ولم يحل وألم بأهله محرما ثم عاد وأتم عمرته وحج من عامه فهو متمتع فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف خلافا لمحمد . له أنه أدى العمرة بسفرتين وأكثرها حصل فى السفر الأول وهذا يمنع التمتع . ولهما أن إلمامه لم يصح بدليل أنه يباح له العود بذلك الإحرام لا بإحرام جديد فصار كأنه أقام بمكة . ولو عاد بعد ماطاف ثلاثة أشواط ثم رجع فأتمها وحج من عامه كان متمتعا . ولو أفسد العمرة ومضى فيها حتى أتمها ثم رجع إلى أهله ثم عاد وقضاها وحج من عامه فهو متمتع ، لأنه لما لحق بأهله صار من أهل التمتع وقد أتى به . ولو أنه لما فرغ من الفاسدة لم يخرج أو لم يجاوز الميقات حتى قضى عمرته وحج لايكون متمتعا لأنه حينئذ كواحد من أهل مكة ، حتى لو حج من عامه كان مسيئا وعليه لإساءته دم . ولو خرج بعد إتمام الفاسدة إلى خارج المواقيت كالطائف ونحوه مما لأهله المتعة ثم رجع فقضى عمرته الفاسدة وحج من عامه فهو على الخلاف . عنده ليس بمتمتع

أشهر الحج واعتمر وحج من عامه ذلك فإنه يكون متمتعا بلا خلاف ، كذا فى النهاية ناقلا عن مبسوط شيخ الإسلام والفوائد الظهيرية . وقال أبو يوسف ومحمد : هو متمتع ، والوجه من الجانبين ماذكره فى الكتاب .

وقوله (وإذا تمتعت المرأة فضحت بشاة لم يجزها عن المتعة لأنها أتت بغير الواجب عليها) إذ الواجب عليها دم المتعة والأضحية ليست بواجبة ، ولئن كانت واجبة بأن اشترت بنية الأضحية فذلك واجب آخر عليها غير ما وجب بالتمتع (وكذلك الجواب فى الرجل) وإنما خصت المرأة لأن السائلة كانت امرأة فوضعت المسألة على ما وقع وإما لأن الغالب من حالهن الجهل ونية التضحية فى هدى المتعة لاتكون إلا عن جهل. ثم لما لم يجزها عن دم المتعة كان عليها دمان سوى ما ذبحت : دم المتعة الذى كان واجبا عليها ،ودم آخر لأنها قد حلت قبل الذبح (وإذا حاضت المرأة عند الإحرام اغتسلت وأحرمت وصنعت كما يصنعه الحاج غير أنها لاتطوف بالبيت حتى

أبى يوسف ومحمد لايكون متمتعا . وذكر الجصاص أن المذكور فى الكتاب دون الكل لاخلاف لهما فيه ، وهكذا فى شرح الصدر الشهيد . نعم ذكر فى المحيط على مانقله الشارح إلا أن المصنف اختار قول شراح الجامع الصغير فلا وجه للاعتراض عليه بأن قوله ملبس فتبصر ، والله الموفق (قوله لأنها قد حلت قبل الذبح) أقول : فيه بحث ، إلا إذا فرض حلقها .

لحديث عائشة رضى الله عنها حين حاضت بسرف

لأنه على سفره الأول فكأنه لم يخرج من مكة فحين فرغ من الفاسدة لزمه أن يقضيها من مكة لأنه من أهل مكة . فلما خرج ثم أحرم بها فقضاها صار ملما بأهله كما فرغ فيبطل تمتعه ، كالمكى إذا خرج ثم عاد فاعتمر ثم حج من عامه . وعندهما متمتع لانتهاء سفره الأول . فهو حين عاد آفاقى فعلهما فى أشهر الحج ، هذا إذا اعتمر فى أشهر الحج وأفسدها . فأما إذا كان اعتمر قبل أشهر الحج وأفسدها وأتمها على الفساد ، فإن لم يخرج من الميقات حتى دخل أشهر الحج فقضى عمرته فيها ثم حج من عامه فليس بمتمتع اتفاقا وهو كمكى تمتع فيكون مسيئا وعليه دم . فلو عاد إلى غير أهله إلى موضع لأهله المتعة ثم عاد بإحرام العمرة ثم عاد فقضاها فى أشهر الحج ثم حج من عامه . ففى قول أبى حنيفة هذا على وجهين : فى وجه يكون متمتعا وهو ما إذا رأى هلال شوّال خارج المواقيت . وفى وجه لايكون متمتعا وهو ما إذا رأى هلال شوّال داخل المواقيت ، لأن فى الوجه الأول أدركه أشهر الحج وهو من أهل التمتع ، وفى الثانى أدركته وهو ممنوع منه لأنه لايزول المنع حتى يلحق بأهله . وعندهما هو متمتع فى الوجهين بناء على انقضاء السفرة الأولى بلحوقه بذلك الموضع فهو كما لو لحق بأهله . هذا وكلام الأصحاب كله على أن الخروج إلى الميقات من غير مجاوزة بمنزلة عدم الخروج من مكة لأن أهل المواقيت فى حكم حاضرى المسجد الحرام حتى إنه ليس لهم تمتع ولا قران ، ويحل لهم دخول مكة بغير إحرام إذا لم يريدوا النسك إلا ماذكر الطحاوى أنه بمنزلة العود إلى الأهل . قال : لو فرغ من عمرته وحل ثم ألم بأهله أوخرج إلى ميقات نفسه ثم عاد وأحرم بحجة من الميقات وحج من عامه لايكون متمتعا بالإجماع لأن العود إلى ميقات نفسه ملحق بالأهل من وجه . ولو خرج إلى غير ميقات نفسه ولحق بموضع لأهله المتعة اتخذ دارا أولا توطن أولا ، ثم أحرم من هناك وحج من عامه يكون متمتعا عند أبى حنيفة لعدم الإلحاق بالأهل من كل وجه ، وقالا : لايكون متمتعا اهـ . والمعوّل عليه ماهو المشهور (قوله لحديث عائشة رضى الله عنها) فى الصحيحين عنها قالت : «خرجنا لانرى إلا الحج ، فلما كنا بسرف حضت فدخل رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا أبكى فقال : مالك أنفست ؟ قلت : نعم ، قال : إن هذا أمر كتبه الله على بنات آدم ، فاقضى مايقضى الحاج غير أن لاتطوفى بالبيت حتى تطهرى » . وأخرجا عن جابر رضى الله عنه قال : « أقبلنا مهلين مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بحج مفرد ، وأقبلت عائشة بعمرة حتى إذا كنا بسرف عركت عائشة ، حتى إذا قدمنا طفنا بالكعبة وبالصفا والمروة ، فأمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحل منا من لم يكن معه هدى ، قال : فقلنا حل ماذا ؟ قال : الحل كله ، فواقعنا النساء وتطيبنا ولبسنا ثيابنا وليس بيننا وبين عرفة إلا أربع ليال ، ثم أهللنا يوم التروية ثم دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم على عائشة وهى تبكى فقال لها ما شأنك ؟ قالت : شأنى أنى حضت وقد حل الناس ولم أحلل ولم أطف بالبيت والناس يذهبون إلى الحج الآن ، قال : إن هذا أمر كتبه الله على بنات آدم فاغتسلى ثم أهلى بالحج ، ففعلت ووقفت المواقف ، حتى إذا

تطهر لحديث عائشة حين حاضت بسرف) وهو ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم دخل عليها وهى تبكى فقال : ما يبكيك لعلك نفست ؟ فقالت : نعم ، فقال عليه الصلاة والسلام : هذا شئ كتبه الله على بنات آدم ، دعى عنك العمرة . أو قال : ارفضى عمرتك وانقضى رأسك وامتشطى واصنعى جميع مايصنع الحاج ، غير أن لاتطوفى بالبيت » والاستدلال إنما هو بقوله واصنعى جميع مايصنع الحاج ، وليس فيه مايدل على الاغتسال ، ولكن فيما روى أبو داود فى السنن بإسناده إلى عائشة قالت « نفست أسماء بنت عميس بمحمد بن أبى بكر ، فأمر النبى

ولأن الطواف فى المسجد والوقوف فى المفازة ، وهذا الاغتسال للإحرام لا للصلاة فيكون مفيدا (فإن حاضت بعد الوقوف وطواف الزيارة انصرفت من مكة ولا شيء عليها لطواف الصدر) لأنه عليه الصلاة والسلام رخص للنساء الحيض فى ترك طواف الصدر (ومن اتخذ مكة دارا فليس عليه طواف الصدر) لأنه على من يصدر إلا إذا اتخذها دارا بعد ما حل النفر الأول فيما يروى عن أبى حنيفة رحمه الله ، ويرويه البعض عن محمد رحمه الله ، لأنه وجب عليه بدخول وقته فلا يسقط بنية الإقامة بعد ذلك . والله أعلم بالصواب .

طهرت طافت بالكعبة وبالصفا والمروة . ثم قال : قد حللت من حجتك وعمرتك جميعا . قالت : يارسول الله إنى أجد فى نفسى أنى لم أطف بالبيت حتى حججت . قال : فاذهب بها ياعبد الرحمن فأعمرها من التنعيم » اهـ . وقد يتمسك به من يكتفى لهما بطواف واحد وهو غير لازم . ومعنى حللت من حجتك وعمرتك لايستلزم الخروج منهما بعد قضاء فعل كل منهما . بل يجوز ثبوت الخروج من العمرة قبل إتمامها ويكون عليها قضاؤها ، ألا ترى إلى قولها فى الرواية الأخرى فى الصحيحين « ينطلقون بحج وعمرة وأنطلق بحج فأقرّها على ذلك ولم ينكر عليها ، وأمر أخاها أن يعمرها من التنعيم » وهذا لأنها إذا لم تطف للحيض حتى وقفت بعرفة صارت رافضة للعمرة . وسكوته صلى الله عليه وسلم إلى أن سألته إنما يقتضى تراخى القضاء لاعدم لزومه أصلا (قوله ولأن الطواف فى المسجد) يعنى ولا يحل للحائض دخوله . والحاصل أن حرمة الطواف من وجهين : دخولها المسجد وترك واجب الطواف ، فإن الطهارة واجبة فى الطواف فلا يحل لها أن تطوف حتى تطهر . فإن طافت كانت عاصية مستحقة لعقاب الله تعالى ولزمها الإعادة ، فإن لم تعده كان عليها بدنة وتم حجها . والله سبحانه أعلم وأحكم .

صلى الله عليه وسلم أبابكر فأمرها أن تغتسل وتهل » دليل على ذلك (ولأن الطواف فى المسجد) والحائض منهية عن دخوله (والوقوف فى المفازة) وليست بمنهية عنها . فإن قيل : لافائدة فى هذا الاغتسال لأنها لاتطهر به مع قيام الحيض . أجاب بقوله (وهذا الاغتسال للإحرام لا للصلاة فيكون مفيدا) للنظافة . وقوله (ولاشيء) عليها لطواف الصدر) أى لترك طواف الصدر (لأنه صلى الله عليه وسلم رخص للنساء الحيض فى ترك طواف الصدر) روت عائشة « أن صفية بنت حيى حاضت ، فقال النبى عليه الصلاة والسلام : عقرى حلقى إنك لحابستنا ، أما كنت طفت يوم النحر ؟ قالت بلى . قال عليه الصلاة والسلام : فلا بأس انفرى » فلما ثبتت الرخصة للحائض والنفساء فى ترك طواف الصدر لم يجب بتركه شيء لأن الأصل أن كل نسك جاز تركه بعذر لايجب بتركه كفارة . وعقرى وحلقى عند المحدثين فعلى . ومعناه : عقر جسدها وأصابها فى حلقها وجع . وقوله (ومن اتخذ مكة دارا) ظاهر . وقوله (بعد ما حل النفر الأول) يعنى اليوم الثالث من أيام النحر (لأنه وجب بدخول وقته فلا يسقط بنيته الإقامة بعد ذلك) كمن أصبح وهو مقيم فى رمضان ثم سافر لايحل له أن يفطر . فأما إذا اتخذ مكة دارا قبل أن يحل النفر الأول فلا يجب عليه طواف الصدر لأنه صار كمقيم سافر قبل أن يصبح فإنه يباح له الإفطار . وعلى قول أبى يوسف يسقط عنه طواف الصدر إلا أن يكون عزم على الإقامة بعد ما افتتح الطواف لأن وقت الطواف باق بعد ما حل النفر الأول ، وما بقى الوقت لايصير دينا فى ذمته فيسقط بالعارض المعتبر كالمرأة التى حاضت فى وقت الصلاة يلزمها قضاء تلك الصلاة .

(باب الجنايات)

(وإذا تطيب المحرم فعليه الكفارة

(باب الجنايات)

بعد ذكر أقسام المحرمين شرع فى بيان أحكام عوارض لهم وللحرم . الجناية فعل محرم . والمراد هنا خاص منه وهو ماتكون حرمته بسبب الإحرام أو الحرم (قوله وإذا تطيب) يفيد مفهوم شرطه أنه إذا شم الطيب لا كفارة عليه إذ ليس تطيبا ، بل التطيب تكلف جعل نفسه طيبا وهو أن يلصق ببدنه أوثوبه طيبا وهوجسم له رائحة طيبة . والزعفران والبنفسج والياسمين والغالية والريحان والورد والورس والعصفر طيب . وعن أبى يوسف رحمه الله : القسط طيب . وفى الخطمى اختلافهم ، ولا فرق فى المنع بين بدنه وإزاره وفراشه . وعن أبى يوسف رحمه الله : لا ينبغى للمحرم أن يتوسد ثوبا مصبوغا بالزعفران ولا ينام عليه . ثم إن لم يكن على المحرم شىء بشم الطيب والرياحين لكن يكره له ذلك ، وكذا شم الثمار الطيبة كالتفاح وهى مختلفة بين الصحابة ، كرهه عمر وجابر ، وأجازه عثمان وابن عباس . ولا يجوز له أن يشدّ مسكا فى طرف إزاره . ولا بأس بأن يجلس فى حانوت عطار . ولو دخل بيتا قد أجمر فيه فعلق بثوبه رائحة فلا شىء عليه ، بخلاف ما لو أجمره هو . قالوا إن أجمر ثوبه : يعنى بعد الإحرام فإن تعلق به كثير فعليه دم وإلا فصدقة . وكان المرجع فى الفرق بين الكثير والقليل العرف إن كان ، وإلا فما يقع عند المبتلى . وما فى المجرد : إن كان فى ثوبه شبر فى شبر فمكث عليه يوما يطعم نصف صاع . وإن كان أقل من يوم فقبضة ، يفيد التنصيص على أن الشبر فى الشبر داخل فى القليل . وعلى تقدير الطيب فى الثوب بالزمان . ولا بأس بشم الطيب الذى تطيب به قبل إحرامه وبقائه عليه . ولو انتقل بعد الإحرام من مكان إلى مكان من بدنه لا جزاء عليه اتفاقا : إنما الخلاف فيما إذا تطيب بعد الإحرام وكفر ثم بقى عليه الطيب : منهم من قال : ليس عليه بالبقاء جزاء . ومنهم من قال عليه لأن ابتداءه كان محظورا فكان كله محظورا فيكون لبقائه حكم ابتدائه ، بخلاف الأول . والرواية توافقه . فى المنتقى هشام عن محمد : إذا مس طيبا كثيرا فأراق له دما ثم ترك الطيب على حاله يجب عليه لتركه

(باب الجنايات)

لما فرغ من بيان أحكام المحرمين بدأ بما يعتريهم من العوارض من الجنايات والإحصار والفوات ، وهى جمع جناية ، والجناية اسم لفعل محرم شرعا سواء حل بمال أو نفس . ولكنهم أعنى الفقهاء خصوها بالفعل فى النفوس والأطراف . فأما الفعل فى المال فسموه غصبا . والمراد ههنا فعل ليس للمحرم أن يفعله ، وإنما جمع لبيان أنها ههنا أنواع (قوله وإذا تطيب المحرم) التطيب عبارة عن لصوق عين له رائحة طيبة ببدن المحرم أو بعضو منه ، فلو شم طيبا ولم يلتصق ببدنه من عينه شىء لم يجب عليه شىء ذكره . لا أن تطيب المحرم يوجب الكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم « الحاج الشعث التفل » والتطيب يزيل هذه الصفة فكان جناية لكنها تتفاوت بتفاوت محل

(باب الجنايات)

(قوله أو بعضو منه) أقول : لعله تكرار لأن قوله ببدن المحرم يغنى عنه ، ولذا لم يذكره فى قوله ولم يلتصق ببدنه الخ (قوله والتطيب يزيل هذه الصفة) أقول : فيه كلام

فإن طيب عضوا كاملا فما زاد فعليه دم) وذلك مثل الرأس والساق والفخذ وما أشبه ذلك ، لأن الجناية تتكامل بتكامل الارتفاق ، وذلك فى العضو الكامل فيترتب عليه كمال الموجب (وإن طيب أقل من عضو فعليه الصدقة) لقصور الجناية . وقال محمد رحمه الله : يجب بقدره من الدم اعتبارا للجزء بالكل . وفى المنتقى أنه إذا طيب ربع العضو فعليه دم اعتبارا بالحلق ، ونحن نذكر الفرق بينهما من بعد إن شاء الله. ثم واجب الدم يتأدى بالشاة فى جميع المواضع إلا فى موضعين نذكرهما فى باب الهدى إن شاء الله تعالى ،وكل صدقة فى الإحرام غير مقدرة فهى

دم آخر ، ولا يشبه هذا الذى تطيب قبل أن يحرم ثم أحرم وترك الطيب (قوله فما زاد) يفيد أنه لافرق فى وجوب الدم بين أن يطيب عضوا . قال فى المبسوط : كاليد والساق ونحوهما . وفى الفتاوى : كالرأس والساق والفخذ أو أزيد إلى أن يعم كل البدن ، ويجمع المتفرق فإن بلغ عضوا فدم ، وإلا فصدقة . فإن كان قارنا فعليه كفارتان للجناية على إحرامين . ثم إنما تجب كفارة واحدة بتطيب كل البدن إذا كان فى مجلس واحد ، فإن كان فى مجالس فلكل طيب كفارة كفر للأول أولا عندهما . وقال محمد : عليه كفارة واحدة مالم يكفر للأول . وإن داوى قرحة بدواء فيه طيب ثم خرجت قرحة أخرى فداواها مع الأولى فليس عليه لاكفارة واحدة مالم تبرأ الأولى ، ولا فرق بين قصده وعدمه . فى المبسوط : استلم الركن فأصاب يده أو فمه خلوق كثير فعليه دم ، وإن كان قليلا فصدقة . وهل يشترط بقاؤه عليه زمانا أولا ؟ فى المنتقى : إبراهيم عن محمد رحمه الله : إذا أصاب المحرم طيبا فعليه دم ، فسألته عن الفرق بينه وبين لبس القميص لايجب الدم حتى يكون أكثر اليوم قال : لأن الطيب يعلق به ، فقلت : وإن اغتسل من ساعته ؟ قال : وإن اغتسل من ساعته . وفيه هشام عن محمد : خلوق البيت والقبر إذا أصاب ثوب المحرم فحكه فلا شىء عليه وإن كان كثيرا ، وإن أصاب جسده منه كثير فعليه الدم اهـ . وهذا يوجب التردد . وفى الكافى للحاكم الذى هو جمع كلام محمد : إن مس طيبا فإن لزق به تصدق بصدقة ، فإن لم يلزق به فلا شىء عليه إلا أن يكون مالزق به كثيرا فاحشا فعليه دم . وفى الفتاوى : لايمس طيبا بيده وإن كان لايقصد به التطيب . واعلم أن محمدا قد أشار إلى اعتبار الكثرة فى الطيب والقلة فى الدم والصدقة . قال فى باب : إن كان كثيرا فاحشا فعليه دم ، وإن كان قليلا فصدقة ، كما صرح باعتبارهما فى العضو وبعضه . ووفق شيخ الإسلام وغيره بينهما بأنه إن كان كثيرا ككفين من ماء الورد وكف من الغالية وفى المسك مايستكثره الناس ففيه الدم ، وإن كان فى نفسه قليلا وهو مايستقله الناس فالعبرة لتطييب عضو به وعدمه ، فإن طيب به عضوا كاملا ففيه دم وإلا فصدقة ، وإنما اعتبر الهندوانى الكثرة والقلة فى نفسه ، والتوفيق هو التوفيق (قوله ونحن نذكر الفرق) أى بين حلق ربع الرأس وتطييب ربع العضو وهو ماذكر قريبا وسننبه عليه عند ذكره . وما فى النوادر عن أبى يوسف : إن طيب شاربه كله أو بقدره من لحيته فعليه دم تفريع على مافى المنتقى (قوله إلا فى موضعين) مواضع البدنة أربعة : من طاف الطواف المفروض جنبا أو حائضا أو نفساء ، أو جامع بعد الوقوف بعرفة . لكن القدورى اقتصر على الأول والأخير كأنه اعتمد على استعلام لزوم البدنة فى الحائض والنفساء بالدلالة من

الجناية ، ففصل ذلك بقوله (فإن طيب عضوا كاملا فما زاد فعليه دم) وقوله فما زاد فصل فى البين . وقوله (وذلك مثل الرأس) ظاهر . والفاصل فى الارتفاق بين الكامل والقاصر العادة ، فإن العادة فى استعمال الطيب لقضاء التفث عضو كامل فتتم به الجناية وفيما دونه فى جنايته نقصان فتكفيه الصدقة . وقوله (ونحن نذكر الفرق بينهما) هو قوله ولنا أن حلق بعض الرأس ارتفاق كامل الخ . وقوله (إلا فى موضعين) يعنى إذا طاف طواف

نصف صاع من بر إلا ما يجب بقتل القملة والجرادة ، هكذا روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى . قال (فإن خضب رأسه بحناء فعليه دم) لأنه طيب ، قال صلى الله عليه وسلم : « الحناء طيب » وإن صار ملبدا فعليه دمان دم للتطيب ودم للتغطية ، ولو خضب رأسه بالوسمة لاشيء عليه لأنها ليست بطيب . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا خضب رأسه بالوسمة لأجل المعالجة من الصداع فعليه الجزاء باعتبار أنه يغلف رأسه وهذا صحيح. ثم ذكر محمد فى الأصل رأسه ولحيته ، واقتصر على ذكر الرأس فى الجامع الصغير دل أن كل واحد منهما مضمون (فإن ادهن بزيت فعليه دم عند أبي حنيفة وقالا : عليه الصدقة) وقال الشافعي رحمه الله : إذا استعمله فى الشعر فعليه دم لإزالة الشعث ، وإن استعمله فى غيره فلا شيء عليه لانعدامه . ولهما أنه من الأطعمة إلا أن فيه ارتفاقا بمعنى قتل الهوام

الجنب ، إما لأن الأحداث متساوية فى الغلظ ، أو لأنهما أغلظ ؛ ألا ترى أنهما يمنعان قربان الزوج بخلاف جنابتها (قوله إلا مايجب بقتل القملة والجرادة) فإنه يتصدق بما شاء (قوله فإن خضب رأسه بحناء) منونا لأنه فعال لافعلاء ليمنع صرفه ألف التأنيث (فعليه دم) وكذا إذا خضبت امرأة يدها لأن له رائحة مستلذة وإن لم تكن ذكية (قال عليه الصلاة والسلام « الحناء طيب ») رواه البيهقى وغيره ، وفى سنده عبد الله بن لهيعة ، وعزاه صاحب الغاية إلى النسائى ولفظه « نهى المعتدة عن التكحل والدهن والخضاب بالحناء ، وقال : الحناء طيب » وهذا إذا كان مائعا ، فإن كان ثخينا فلبد الرأس ففيه دمان للطيب والتغطية ، ولا يخفى أن ذلك إذا داوم يوما أو ليلة على جميع رأسه أو ربعه ، وكذا إذا غلف الوسمة (قوله وهذا صحيح) أى فينبغى أن لايكون فيه خلاف لأن التغطية موجبة بالاتفاق غير أنها للعلاج ، فلهذا ذكر الجزاء ولم يذكر الدم . وعلى هذا فما فى الجوامع : إن لبد رأسه فعليه دم ، والتلبيد أن يأخذ شيئا من الخطمى والآس والصمغ فيجعله فى أصول الشعر ليتلبد . وما ذكر رشيد الدين البصروى فى مناسكه من قوله : وحسن أن يلبد رأسه قبل الإحرام للتغطية مشكل ، لأنه لايجوز استصحاب التغطية الكائنة قبل الإحرام بخلاف التطيب . وفى سين الوسمة الإسكان والكسر : وهو نبت يصبغ بورقه ، فإن لم يغلف فلا شيء عليه كالغسل بالأشنان والسدر . وعن أبي حنيفة فيه صدقة لأنه يلين الشعر ويقتل الهوام (قوله فإن ادّهن بزيت) خصه من بين الأدهان التى لا رائحة لها ليفيد بمفهوم اللقب نفى الجزاء فيما عداه من الأدهان كالشحم والسمن .

الزيارة جنبا ، وإذا جامع بعد الوقوف بعرفة . وقوله (إلا مايجب بقتل القملة والجرادة) يعنى أن التصدق فيهما غير مقدر بنصف صاع بل يتصدق بما شاء ، وقوله عليه الصلاة والسلام (الحناء طيب) قاله حين نهى المعتدة أن تختضب بالحناء (وإن صار ملبدا) بأن كان الحناء جامدا غير مائع (فعليه دمان : دم للتطيب ، ودم للتغطية) يعنى إذا غطاه يوما إلى الليل ، فإن كان أقل من ذلك فعليه صدقة ، وكذا إذا غطى ربع الرأس ؛ أما إذا كان أقل من ذلك فعليه صدقة . وقوله (باعتبار أنه يغلف رأسه) أى يغطيه ، والوسمة بكسر السين وهو أفصح وسكونها : شجرة ورقها خضاب . وقوله (وهذا) أى تأويل أبي يوسف بالتغليف (صحيح) لأن تغطية الرأس توجب الجزاء . وقوله (ثم ذكر محمد فى الأصل) يعنى فى مسألة الحناء (رأسه ولحيته واقتصر فى الجامع الصغير على ذكر الرأس) خاصة وفى ذلك دلالة على أن كل واحد منهما مضمون . وقوله (وإن ادّهن بزيت) يعنى بزيت خالص ، أما المطيب بغيره فيجيء ذكره (فعليه دم) إذا بلغ عضوا كاملا وكلامه ظاهر .

(قوله يعنى إذا غطاه يوما إلى الليل) أقول : أو ليلا كاملا .

وإزالة الشعث فكانت جناية قاصرة . ولأبي حنيفة رحمه الله أنه أصل الطيب ، ولا يخلو عن نوع طيب ، ويقتل الهوام ويلين الشعر ويزيل التفث والشعث فتتكامل الجناية بهذه الجملة فتوجب الدم ، وكونه مطعوما لا ينافيه كالزعفران ، وهذا الخلاف فى الزيت البحت والحل البحت . أما المطيب منه كالبنفسج والزنبق وما أشبههما يجب باستعماله الدم بالاتفاق لأنه طيب ، وهذا إذا استعمله على وجه التطيب ، ولو داوى به جرحه أو شقوق رجليه فلا كفارة عليه لأنه ليس بطيب فى نفسه إنما هو أصل الطيب أو طيب من وجه فيشترط استعماله على وجه

ولا بد على هذا من كونه عمم الزيت فى الحل فإنه ذكر الحل كالزيت فى المبسوط (قوله ولأبى حنيفة أنه أصل الطيب ، ولا يخلو عن نوع طيب ويقتل الهوام الخ) لما كان الواجب الدم عينا باعتبار أن وضع المسألة فيما إذا دهن كله أو عضوا لم يكتف بالتعليل بأنه أصل الطيب إلحاقا بكسر بيض الصيد فإن الواجب فيه قيمته فاحتاج إلى جعله جزء علة فى لزوم الدم ، ومن اكتفى بذلك كصاحب المبسوط فقصد الإلحاق فى لزوم الدم فى الجزاء فى الجملة احتجاجا على الشافعى فيما إذا استعمله فى غير الشعر من بدنه فإنه حكى خلافه ثم أعقبه بهذا الاستدلال وفيه نظر ، فإنه ذكر وجه قول أبى حنيفة بعد حكاية قول الصاحبين فى لزوم الصدقة وقول الشافعى وقال فيه : فيجب باستعمال أصل الطيب ما يجب باستعمال الطيب ككسر بيض الصيد ، ومعنى كونه أصل الطيب أنه يلقى فيه الأنوار كالورد والبنفسج فيصير نفسه طيبا (قوله وهذا الخلاف فى الزيت البحت) أى الخالص (والحل البحت) هو بالمهملة الشيرج (أما المطيب منه) وهو ما ألقى فيه الأنوار (كالزنبق) بالنون وهو الياسمين ودهن البان والورد (فيجب باستعماله بالاتفاق الدم) إذا كان كثيرا (قوله وهذا إذا استعمله) أى الزيت الخالص أو الحل ، لما لم يكن طيبا كاملا اشترط فى لزوم الدم بهما استعمالهما على وجه التطيب ، فلو أكلهما أو داوى بهما شقوق رجليه أو أقطر فى أذنيه لا يجب شىء ولذا جعل المنفى الكفارة لينتفى الدم والصدقة ، بخلاف المسك وما أشبهه من العنبر والغالية والكافور حيث يلزم الجزاء بالاستعمال على وجه التداوى ، لكنه يتخير إذا كان لعذر بين الدم والصوم والإطعام على ما سيأتى ، وكذا إذا أكل الكثير من الطيب وهو ما يلزق بأكثر فمه فعليه الدم وهذه تشهد بعدم اعتبار العضو مطلقا فى لزوم الدم ، بل ذاك إذا لم يبلغ مبلغ الكثرة فى نفسه على ما ذكرناه آنفا . ثم الأكل الموجب أن يأكله كما هو ، فإن جعله فى طعام قد طبخ كالزعفران والأفاويه من الزنجبيل والدارصينى يجعل فى الطعام فلا شىء عليه . فعن ابن عمر أنه كان يأكل السكباج الأصفر وهو محرم ، وإن لم يطبخ بل خلطه بما يؤكل بلا طبخ كالملح وغيره ، فإن كانت رائحته موجودة كره ، ولا شىء عليه إذا كان مغلوبا فإنه كالمستهلك . أما إذا كان غالبا فهو كالزعفران الخالص لأن اعتبار الغالب عدما عكس الأصول والمعقول فيجب الجزاء وإن لم تظهر رائحته . ولو خلطه بمشروب وهو غالب ففيه الدم ، وإن كان مغلوبا فصدقة إلا أن يشرب مرارا فدم . فإن كان الشرب تداويا تخير فى خصال الكفارة . وفى المبسوط : فيما إذا اكتحل بكحل فيه طيب عليه صدقة إلا أن يكون كثيرا فعليه دم . وما فى فتاوى قاضيخان : إن اكتحل بكحل فيه طيب مرة أو مرتين فعليه الدم ، فى قول أبى حنيفة

وقوله (إنه أصل الطيب) فإن الروائح تلقى فيه فيصير غالية فصار كبيض الصيد فى الأصالة يلزم بكسره الجزاء فكذا باستعماله . قوله (وهذا الخلاف فى الزيت البحت) أى الخالص (والحل) أى دهن السمسم (أما المطيب منه كالبنفسج) وهو معروف (والزنبق) على وزن العنبر دهن الياسمين (وما أشبههما) كدهن البان والورد (فيجب باستعماله الدم بالاتفاق لأنه طيب . وهذا إذا استعمله على وجه التطيب ، ولو داوى به جرحه أو شقوق رجليه فلا كفارة عليه

التطيب ، بخلاف ما إذا تداوى بالمسك وما أشبهه (وإن لبس ثوبا مخيطا أو غطى رأسه يوما كاملا فعليه دم،

يفيد تفسير المراد بقوله إلا أن يكون كثيرا أنه الكثرة فى الفعل لا فى نفس الطيب المخالط فلا يلزم الدم بمرة واحدة وإن كان الطيب كثيرا فى الكحل ويشعر بالخلاف ، لكن ما فى كافى الحاكم من قوله فإن كان فيه طيب : يعنى الكحل ففيه صدقة إلا أن يكون ذلك مرارا كثيرة فعليه دم، لم يحك فيه خلافا ، ولو كان لحكاه ظاهرا كما هو عادة محمد رحمه الله ، اللهم إلا أن يجعل موضع الخلاف مادون الثلاث كما يفيده تنصيصه على المرة والمرتين وما فى الكافى المرار الكثير ، هذا إن كان الكحل عن ضرورة تخير فى الكفارة، وكذا إذا تداوى بدواء فيه طيب فألزقه بجراحته أو شربه شربا . وفى الفتاوى : لو غسل بأشنان فيه طيب فإن كان من رآه سماه أشنانا فعليه الصدقة ، وإن سماه طيبا فعليه الدم اهـ . ولو غسل رأسه بالخطمى فعليه دم عند أبى حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : عليه الصدقة لأنه ليس طيبا لكنه يقتل الهوام . وله منع نفى الطيب مطلقا بل له رائحة وإن لم تكن ذكية فكان كالحناء مع قتله الهوام فتتكامل الجناية فيلزمه الدم . وعن أبى يوسف : ليس فيه شىء ، وأول بما إذا غسل به بعد الرمى يوم النحر لأنه أبيح له حلق رأسه . وعنه فى أخرى أن عليه دمين للتطيب والتغليف ، قيل قول أبى حنيفة فى خطمى العراق وله رائحة ، وقولهما فى خطمى الشام ولا رائحة له فلا خلاف . وقيل بل الخلاف فى العراقى . ولو غسل بالصابون أو الحرض لا رواية فيه، وقالوا لاشىء فيه لأنه ليس بطيب ولا يقتل (قوله وإن لبس ثوبا مخيطا الخ) لافرق فى لزوم الدم بين ما إذا أحدث اللبس بعد الإحرام أو أحرم وهو لابسه فدام يوما أو ليلة عليه ، بخلاف انتفاعه بعد الإحرام بالطيب السابق عليه قبله للنص فيه ولولاه لأوجبنا فيه أيضا . ولا فرق بين كونه مختارا فى اللبس أو مكرها عليه أو نائما فغطى إنسان رأسه ليلة أو وجهه حتى يجب الجزاء على النائم لأن الارتفاق حصل له ، وعدم الاختيار أسقط الإثم عنه لا الموجب على ماعرف تحقيقه فى مواضع . والتقييد بثوب فى قوله وإن لبس ثوبا مخيطا ليس بمعتبر المفهوم ، بل لو جمع اللباس كله القميص والعمامة والخفين يوما كان عليه دم واحد كالإيلاجات فى الجماع لأنه لبس واحد وقع على جهة واحدة ، وعلى القارن دمان فيما على المفرد فيه دم ، وكذا لو دام على ذلك أياما أو كان ينزعها ليلا ويعاود لبسها نهارا أو يلبسها ليلا للبرد وينزعها نهارا مالم يعزم على الترك عند الخلع ، فإن عزم عليه ثم لبس تعدد الجزاء وإن كان كفر للأول بالاتفاق، لأنه لما كفر للأول التحق بالعدم فيعتبر اللبس الثانى لبسا مبتدأ ، وإن لم يكن كفر للأول فعليه كفارتان عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وفى قول محمد : كفارة واحدة بناء على أنه مالم يكفر فاللبس على حاله فهو واحد ، بخلاف ما إذا كفر على ماقررنا ؛ وهما يقولان لما نزع على عزم الترك انقطع حكم اللبس الأول فتعين الثانى مبتدأ . فالحاصل أن النزع مع عزم الترك يوجب اختلاف اللبس عندهما وتناهه الكثير . ولو لبس يوما فأراق دما ثم دام على لبسه يوما آخر كان عليه دم آخر بلا خلاف ، لأن الدوام على اللبس كابتدائه بدليل ما لو أحرم وهو مشتمل على

وهو ظاهر . وقوله (بخلاف ما إذا تداوى بالمسك وما أشبهه) كالعنبر والكافور لأنها طيب بنفسها فيجب الدم باستعماله وإن كان على وجه التداوى . وقوله (وإن لبس ثوبا مخيطا أو غطى رأسه يوما كاملا فعليه دم)

(قوله لأنها طيب بنفسها فيجب الدم باستعماله وإن كان على وجه التداوى) أقول : قال ابن الهمام : إذا كان استعماله لعذر يتخير بين الدم والصوم والإطعام اهـ . ونحن نقول : وهو الصحيح كما سيجىء فى آخر هذا الباب .

وإن كان أقل من ذلك فعليه صدقة) وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا لبس أكثر من نصف يوم فعليه دم، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله أولا . وقال الشافعي رحمه الله : يجب الدم بنفس اللبس لأن الارتفاق يتكامل بالاشتمال على بدنه . ولنا أن معنى الترفق مقصود من اللبس ، فلا بد من اعتبار المدة ليحصل على الكمال ويجب الدم ، فقدّر باليوم لأنه يلبس فيه ثم ينزع عادة وتتقاصر فيما دونه الجناية فتجب الصدقة ، غير أن أبا يوسف رحمه الله أقام الأكثر مقام الكل .

المخيط فدام عليه بعد الإحرام يوما إذ عليه الدم . واعلم أن ما ذكرناه من اتحاد الجزاء إذا لبس جميع المخيط محله ما إذا لم يتعدد سبب اللبس . فإن تعدد كما إذا اضطر إلى لبس ثوب فلبس ثوبين ، فإن لبسهما على موضع الضرورة فعليه كفارة واحدة يتخير فيها ، وكذلك نحو أن يضطر إلى لبس قميص فلبس قميصين أو قميصا وجبة أو اضطر إلى لبس قلنسوة فلبسها مع عمامة ، وإن لبسهما على موضعين موضع الضرورة وغيرها كالقلنسوة مع القميص فى الوجه الأول والثانى كان عليه كفارتان يتخير فى إحداهما وهى ما للضرورة ، والأخرى لايتخير فيها وهى ما لغيرها . ومن صور تعدد السبب واتحاده ما إذا كان به مثلا حمى يحتاج إلى اللبس لها ويستغنى عنه فى وقت زوالها فإن عليه كفارة واحدة وإن تعدد اللبس مالم تزل عنه . فإن زالت وأصابه مرض آخر أو حمى غيرها وعرف ذلك فعليه كفارتان سواء كفر للأولى أو لا عندهما . وعند محمد كفارة واحدة مالم يكفر للأولى ، فإن كفر فعليه أخرى . وكذا إذا حصره عدوّ فاحتاج إلى اللبس للقتال أياما يلبسها إذا خرج إليه وينزعها إذا رجع فعليه كفارة واحدة مالم يذهب هذا العدو . فإن ذهب وجاء عدوّ غيره لزمه كفارة أخرى . والأصل فى جنس هذه المسائل أنه ينظر إلى اتحاد الجهة واختلافها لا إلى ضرورة اللبس كيف كانت . ولو لبس للضرورة فزالت فدام بعدها يوما أو يومين فما دام فى شك من زوال الضرورة ليس عليه إلا كفارة واحدة ، وإن تيقن زوالها فاستمر كان عليه كفارة أخرى لايتخير فيها (قوله وإن كان أقل من ذلك فعليه صدقة) فى خزانة الأكمل : فى ساعة نصف صاع . وفى أقل من ساعة قبضة من بر (قوله فلابد من اعتبار المدة ليحصل على الكمال) يتضمن منع قول الشافعى : إن الارتفاق يتكامل بالاشتمال بل بمجرد الاشتمال . ثم النزع فى الحال لايجد الإنسان به ارتفاقا فضلا عن كماله . وقوله فى وجه التقدير بيوم (لأنه يلبس فيه ثم ينزع عادة) يفيد أنه لايقتصر على اليوم بل لبس الليلة الكاملة كاليوم لجريان المعنى المذكور فيه ونص عليه فى الأسرار وغيره (قوله غير أن أبا يوسف أقام الأكثر مقام الكل) كما اعتبره فى كشف العورة فى الصلاة . وعن محمد فى لبس بعض اليوم قسطه من الدم كثلث اليوم

حكم الليلة أيضا كذلك . وقوله (ولنا أن معنى الترفق مقصود من اللبس) لأنه أعد لذلك ، قال الله تعالى - سرابيل تقيكم الحر - وهذا المعنى قد يمتد فيكون الارتفاق كاملا ، وقد يقصر فيصير ناقصا ، فلا بدّ من حد فاصل بين الكامل والقاصر ليتعين الجزاء بحسب ذلك فقدر باليوم أو الليلة (لأنه يلبس فيه ثم ينزع عادة) فإن من لبس ثوبا يليق بالنهار ينزعه بالليل ، ومن لبس ثوبا يليق بالليل ينزعه بالنهار ، فإذا نزع دل على تمام الارتفاق فيجب فيه الدم ، وما دون ذلك تتقاصر الجناية فيه لنقصان الارتفاق فتجب الصدقة (غير أن أبا يوسف أقام الأكثر مقام الكل) لأن المرء قد يرجع إلى بيته قبل الليل فينزع ثيابه التى لبسها للناس . فكان اللبس فى أكثر اليوم ارتفاقا مقصودا . ولكن هذا غير مضبوط فإن أحوال رجوع الناس إلى بيوتهم قبل الليل مختلفة ، بعضهم يرجع فى وقت الضحى ، وبعضهم قبله ، وبعضهم بعده ، فكان الظاهر هو الأول .

(قوله لأن المرء قد يرجع إلى بيته) أقول : فيه كلام

ولو ارتدى بالقميص أو اتشح به أو ائتزر بالسراويل فلا بأس به لأنه لم يلبسه لبس المخيط .وكذا لو أدخل منكبيه في القباء ولم يدخل يديه فى الكمين خلافا لزفر لأنه مالبسه لبس القباء ولهذا يتكلف فى حفظه.والتقدير فى تغطية الرأس من حيث الوقت ما بيناه،ولا خلاف أنه إذا غطى جميع رأسه يوما كاملا يجب عليه الدم لأنه ممنوع عنه، ولو غطى بعض رأسه فالمروى عن أبى حنيفة رحمه الله أنه اعتبر الربع اعتبارا بالحلق والعورة ، وهذا لأن ستر البعض استمتاع مقصود يعتاده بعض الناس ، وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يعتبر أكثر الرأس اعتبارا للحقيقة

فيه ثلث الدم وفى نصفه نصفه ، وعلى هذا الاعتبار يجرى (قوله لأنه لم يلبسه لبس المخيط) لبس المخيط أن يحصل بواسطة الخياطة اشتمال على البدن واستمساك ، فأيهما انتفى انتفى لبس المخيط ، ولذا قلنا فيما لو أدخل منكبيه فى القباء دون أن يدخل يديه فى الكمين أنه لا شىء عليه . وكذا إذا لبس الطيلسان من غير أن يزرّه عليه لعدم الاستمساك بنفسه فإن زر القباء أو الطيلسان يوما لزمه دم لحصول الاستمساك بالزر مع الاشتمال بالخياطة . بخلاف ما لو عقد الرداء أو شد الإزار بحبل يوما كره له ذلك للشبه بالمخيط ولا شىء عليه لانتفاء الاشتمال بواسطة الخياطة . وفى إدخال المنكبين القباء خلاف زفر . ولا بأس أن يفتق السراويل إلى موضع التكة فيأتزر به وأن يلبس المكعب الذى لايبلغ الكعب إذا كان فى وسط القدم ، لأن الحاصل حينئذ هو الحاصل من قطع الخفين أسفل من الكعبين ، وقد ورد النص بإطلاق ذلك، بخلاف الجورب فإنه كالخف فلبسه يوما موجب للدم (قوله ولو غطى بعض رأسه فالمروى عن أبى حنيفة اعتبار الربع) إن بلغ قدر الربع فدام يوما لزمه دم (اعتبارا بالحلق والعورة) حيث يلزم الدم بحلق ربع الرأس أو اللحية وفساد الصلاة بكشف ربع العورة . وقوله (وهذا لأن ستر البعض استمتاع مقصود يعتاده بعض الناس) يصلح إبداء للجامع : أى العلة التى بها وجب فى حلق الربع الدم وهى الارتفاق به على وجه الكمال وإن كان هناك أكمل منه ثابتة فى تغطية البعض ولذا يعتاده بعض الناس ، وإنما يعتاده تحصيلا للارتفاق وإلا كان عبثا ، وإن كان الجامع هذا فلا يصح اعتبار العورة أصلا لانتفاء هذا الجامع . إذ ليس فساد الصلاة بانكشاف الربع لذلك بل لعدّه كثيرا عرفا وليس الموجب هذا هنا ؛ ألا ترى أن أبا حنيفة لم يقل بإقامة الأكثر مقام الكل فى اليوم أو الليلة الواقع فيهما التغطية واللبس ، لأن النظر هنا ليس إلا لثبوت الارتفاق كاملا وعدمه ، وكذا إذا غطى ربع وجهه أو غطت المرأة ربع وجهها (قوله وعن أبى يوسف أنه يعتبر أكثر الرأس اعتبارا للحقيقة) ولم يذكر لمحمد قولا . ونقل فى البدائع عن نوادر ابن سماعة عن محمد رحمه الله .

وقوله(ولو ارتدى بالقميص أو اتشح به) الاتشاح هو أن يدخل ثوبه تحت يده اليمنى ويلقيه على منكبه الأيسر.وقوله (خلافا لزفر) هو يقول القباء مخيط ، فإذا أدخل فيه منكبيه صار لابسا للمخيط ، فإن القباء يلبس هكذا عادة . وقلنا : مالبس لبس القباء لأن العادة فى ذلك الضم إلى نفسه بإدخال المنكبين واليدين لأنه مأخوذ من القبو وهو الضم ولم يوجد (ولهذا يتكلف فى حفظه) وعلى هذا لو زرّه ولم يدخل يديه فى الكمين كان لابسا لأنه لايتكلف إذ ذاك فى حفظه وإنما أعاد قوله (والتقدير فى تغطية الرأس) ليبنى عليه الفروع . وقوله (مابيناه) هو ما قال أو غطى رأسه يوما كاملا . وقوله (ولا خلاف أنه إذا غطى جميع رأسه) ظاهر ، وقوله (يعتاده بعض الناس) كالأتراك والأكراد فإنهم يغطون رءوسهم بالقلانس الصغار ويعدّون ذلك رفقا كاملا (وعن أبى يوسف أنه يعتبر أكثر الرأس اعتبار اللحقيقة)

(قال المصنف : لأنه لم يلبسه لبس المخيط) أقول : لبس المخيط أن يحصل بواسطة الخياطة اشتمال على البدن واستمساك فأيهما انتفى انتفى لبس المخيط (قوله وقوله يعتاده بعض الناس كالأتراك والأكراد فإنهم يغطون رءوسهم بالقلانس الصغار ويعدون ذلك رفقا كاملا) أقول : فيه كلام .

(وإذا حلق ربع رأسه أو ربع لحيته فصاعدا فعليه دم ، فإن كان أقل من الربع فعليه صدقة) وقال مالك رحمه الله : لا يجب إلا بحلق الكل . وقال الشافعى رحمه الله يجب بحلق القليل اعتبارا بنبات الحرم . ولنا أن حلق بعض الرأس ارتفاق كامل لأنه معتاد فتتكامل به الجناية وتتقاصر فيما دونه بخلاف تطييب ربع العضو لأنه غير مقصود ، وكذا حلق بعض اللحية معتاد بالعراق وأرض العرب

عين هذا القول ، ولم يحك خلافا فى الأصل . وهذا القول أوجه فى النظر لأن المعتبر الارتفاق الكامل ، واعتياد تغطية البعض دليل على تحصيله به . لكن ذلك البعض المعتاد ليس هو الربع . فإن ما يفعله من تعلم من اليمانيين الذين يلبسون السرقوج يشدّونه تحت الحنك تغطية البعض الذى هو الأكثر . فإن البادى منهم هو الناصية ليس غير ، ولعل تغطية مجرد الربع فقط على وجه يستمسك مما لم يتحقق إلا أن يكون نحو جبيرة تشد . وحينئذ ظهر أن ماعينه جامعا فى الحلق غير صحيح لأن العادة فى الأصل حصول الارتفاق كاملا بحلق الربع بدليل القصد إليه على وجه العادة ، والثابت فى الفرع الاعتياد بتغطية البعض الذى هو الأكثر لا الأقل . وهو الدليل على الارتفاق به فلم يتحد فى الأصل والفرع ، ولذا لم يعين المصنف رحمه الله فى الفرع سوى مطلق البعض . فإن عنى به الربع منعنا وجوده فى الفرع . ومن فروع اعتبار الربع ما لو عصب المحرم رأسه بعصابة أو وجهه يوما أو ليلة فعليه صدقة ، إلا أن يأخذ قدر الربع . ولو عصب موضعا آخر من جسده لاشىء عليه وإن كثر ، لكنه يكره من غير عذر كعقد الإزار وتخليل الرداء لشبه المخيط ، بخلاف لبس المرأة القفازين لأن لها أن تستّر بدنها بمخيط وغيره فلم يكره لها . ولا بأس أن يغطى أذنيه وقفاه ومن لحيته ما هو أسفل من الذقن بخلاف فيه وعارضه وذقنه . ولا بأس أن يضع يده على أنفه دون ثوب . وعلى القارن فى جميع ماتقدم أن فيه دما أو صدقة دمان أو صدقتان لما سنذكر (قوله ولنا أن حلق بعض الرأس الخ) هذا هو الفرق الموعود بين حلق الربع وتطييب الربع . وقوله لأنه معتاد صريح فى أن الحكم بحصول كمال الارتفاق بذلك البعض مستدل عليه بالقصد إليه على وجه الاعتياد ، وقدمنا مايغنى فيه ، وممن يفعله بعض الأتراك والعلوية فإنهم يحلقون نواصيهم فقط ، وكذا حلق بعض اللحية معتاد بأرض العراق والعرب وبعض أهل المغرب ، إلا أن فى هذا احتمال أن فعلهم للراحة أو الزينة فتعتبر فيه الكفارة احتياطا لأن هذه الكفارة مما يحتاط فى إثباتها بدليل لزومها مع الأعذار . وقوله لأنه غير مقصود ، يعنى العادة أن كل من مس طيبا لقصد التطييب كماء ورد أو طيب عم به يديه مسحا بل ويمسح بفضله وجهه أيضا . بخلاف الاقتصار على بعضه فإنما يكون غالبا عند قصد مجرد إمساكه للحفظ أو للملاقاة من غير قصد أو لغاية القلة فى الطيب نفسه فتقاصر الجناية فيما دون العضو فتجب الصدقة . ثم ماذكر من أن فى حلق ربع الرأس أو اللحية دما من غير خلاف موافق لعامة الكتب وهو المصحح لا ما فى جامعى شمس الأئمة وقاضيخان أن على قولهما فى الجميع الدم وفى

أى لحقيقة الكثرة ، إذ حقيقتها إنما تثبت إذا قابلها أقل منها والربع والثلث كثير حكما لا حقيقة . وقوله (وإذا حلق ربع رأسه) ظاهر (وقال مالك : لا يجب إلا بحلق الكل) عملا بظاهر قوله تعالى - ولا تحلقوا رءوسكم - فإن الرأس اسم للكل (وقال الشافعى : يجب بحلق القليل) وهو ثلاث شعرات ، وعلق الحكم باسم الجنس والحكم المعلق باسم الجنس يتأدى بأدنى ماينطلق عليه الاسم كما فى نبات الحرم (ولنا أن حلق بعض الرأس ارتفاق كامل لأنه معتاد) فإن الأتراك يحلقون أوساط رءوسهم وبعض العلوية يحلقون نواصيهم لابتغاء الراحة والزينة ، والارتفاق الكامل تتكامل به الجناية كما تقدم (وتتقاصر فيما دونه) وفى قوله فتتكامل به الجناية إشارة إلى دفع قول مالك

(وإن حلق الرقبة كلها فعليه دم) لأنه عضو مقصود بالحلق (وإن حلق الإبطين أو أحدهما فعليه دم) لأن كل واحد منهما مقصود بالحلق لدفع الأذى ونيل الراحة فأشبه العانة . ذكر فى الإبطين الحلق ههنا وفى الأصل النتف وهو السنة (وقال أبو يوسف ومحمد) رحمهما الله (إذا حلق عضوا فعليه دم ، وإن كان أقل فطعام)

الأقل منه الطعام . وعن أبى يوسف أن فى حلق الأكثر الدم . وعن محمد رحمه الله : يجب الدم بحلق العشر لأنه يقدر به الأشياء الشرعية فيقام مقام الكل احتياطا . هذا فلو كان أصلع على ناصيته أقل من ربع شعرها فإنما فيه صدقة ، وكذا لو حلق كل رأسه وما عليه أقل من ربع شعره ، وإن كان عليه قدر ربع شعره لو كان شعر رأسه كاملا ففيه دم ، وعلى هذا يجىء مثله فيمن بلغت لحيته الغاية فى الخفة . وفى المرغينانى : حلق رأسه وأراق دما ثم حلق لحيته وهو فى مقام واحد فعليه دم آخر ، ولو حلق رأسه ولحيته وإبطيه وكل بدنه فى مجلس واحد فدم واحد ، وإن اختلفت المجالس فلكل مجلس موجب جنايته فيه عندهما . وعند محمد دم واحد وإن اختلفت المجالس مالم يكفر للأول ، وتقدم فى الطيب مثله . اعتبره بما لو حلق فى مجلس ربع رأسه وفى آخر ربعا آخر حتى أتمها فى أربعة مجالس يلزمه دم واحد اتفاقا مالم يكفر للأول . والفرق لهما أن هذه جناية واحدة وإن تعددت المجالس لاتحاد محلها وهو الرأس . هذا فأما مافى مناسك الفارسى من قوله وما سقط من شعرات رأسه ولحيته عند الوضوء لزمه كف من طعام إلا أن تزيد على ثلاث شعرات ، فإن بلغ عشرا لزمه دم . وكذا إذا خبز فاحترق ذلك غير صحيح لما علمت من أن القدر الذى يجب فيه الدم هو الربع من كل منهما . نعم فى الثلاث كف من طعام عن محمد ، وهو خلاف مافى فتاوى قاضيخان قال : وإن نتف من رأسه أو أنفه أو لحيته شعرات ففى كل شعرة كف من طعام ، وفى خزانة الأكمل فى خصلة نصف صاع (قوله لأنها عضو مقصود بالحلق) يفعل ذلك كثير من الناس للراحة والزينة (قوله وإن حلق الإبطين أو أحدهما فعليه دم) المعروف هذا الإطلاق . وفى فتاوى قاضيخان فى الإبط إن كان كثير الشعر يعتبر فيه الربع لوجوب الدم وإلا فالأكثر (قوله وقال أبو يوسف ومحمد) تخصيص قولهما ليس

فإنه قال بحلق كل الرأس تتكامل الجناية ، فأشار إلى أن الجناية تتكامل بالبعض أيضا . وفى قوله وتتقاصر فيما دونه إشارة إلى نفى قول الشافعى رحمه الله إنه يجب الجزاء بالقليل ، فأشار إلى أن الجناية فى القليل قاصرة فكيف توجب الدم . وأما حلق اللحية فهو متعارف ، فإن الأكاسرة كانوا يحلقون لحى شجعانهم ، وكذلك الأخذ من اللحية مقدار الربع وما يشبهه معتاد بالعراق وأرض العرب ، فكان مقصودا بالارتفاق كحلق الرأس فألحق به احتياطا لإيجاب الكفارة فى المناسك فإنها مبنية على الاحتياط حتى وجبت بالأعذار ، بخلاف تطييب ربع العضو لأنه غير مقصود ، إذ العادة فى الطيب ليست فى الاقتصار على الربع فكان العضو الكامل فى الطيب كالربع فى الحلق فى حق الكفارة (وإن حلق الرقبة كلها فعليه دم) لأنه عضو مقصود بالحلق (وإن حلق الإبطين أو أحدهما فعليه دم ، لأن كل واحد منهما مقصود بالحلق لدفع الأذى ونيل الراحة فأشبه العانة) قيل إذا كان كل واحد من الإبطين مقصودا بالحلق وجب أن يجب بحلقهما دمان . وأجيب بأن جنايات المحرم إذا كانت من نوع واحد يجب فيها ضمان واحد ، ألا ترى أنه إذا أزال شعر جميع بدنه بالتنور لم يلزمه إلا دم واحد (ذكر فى الإبطين الحلق ههنا) يعنى فى الجامع الصغير (وفى الأصل) أى المبسوط (النتف وهو السنة) بخلاف العانة ، فإن السنة فيها الحلق لما جاء فى الحديث «عشر من الفطرة ، منها الاستحداد» وتفسيره حلق العانة بالحديد (وقال أبو يوسف ومحمد : إذا حلق عضوا فعليه دم) قيل : قولهما بيان لقول أبى حنيفة رحمه الله لا لأنه خالفهما فى ذلك ، وإنما خصا بالذكر

أراد به الصدر والساق وما أشبه ذلك ، لأنه مقصود بطريق التنوّر فتتكامل بحلق كله وتتقاصر عند حلق بعضه (وإن أخذ من شاربه فعليه) طعام (حكومة عدل) ومعناه أنه ينظر أن هذا المأخوذ كم يكون من ربع اللحية

لخلاف أبي حنيفة بل لأن الرواية في ذلك محفوظة عنهما . وقوله أراد به الساق والصدر وما أشبه ذلك تفسير المراد بما هو أخص من مؤدى اللفظ ليخرج بذلك الرأس واللحية فإن في الربع من كل منهما الدم ، بخلاف هذه الأعضاء والفارق العادة ، ثم جعله الصدر والساق مقصودين بالحلق موافق لجامع فخر الإسلام مخالف لما في المبسوط ففيه متى حلق عضوا مقصودا بالحلق فعليه دم ، وإن حلق ماليس بمقصود فصدقة ، ثم قال : ومما ليس بمقصود حلق شعر الصدر والساق ، ومما هو مقصود حلق الرأس والإبطين وهذا أوجه . وقوله لأنه مقصود بطريق التنوّر مدفوع بأن القصد إلى حلقهما إنما هو في ضمن غيرهما إذ ليست العادة تنوير الساق وحده بل تنوير المجموع من الصلب إلى القدم فكان بعض المقصود بالحلق . نعم كثيرا ما يعتادون تنوير الفخذ مع ما فوقه دون الساق وقد يقتصر على العانة أو مع الصلب ، وإنما يفعل هذا للحاجة . أما الساق وحده فلا ، فالحق أن يجب في كل منهما الصدقة . واعلم أنه يجمع المتفرق في الحلق كما في الطيب (قوله فإن أخذ من شاربه) أو أخذه كله أو حلقه (فعليه طعام هو حكومة عدل) بأن ينظر إلى المأخوذ ما نسبته من ربع اللحية فيجب بحسابه ، فإن كان مثل ربع ربعها لزمه قيمة ربع الشاة أو ثمنها فثمنها وهكذا ، وفي المبسوط خلاف هذا قال : ولم يذكر في الكتاب ما إذا حلق شاربه ، وإنما ذكر إذا أخذ من شاربه فعليه الصدقة ، فمن أصحابنا من يقول : إذا حلق شاربه يلزمه الدم لأنه مقصود بالحلق تفعله الصوفية وغيرهم ، والأصح أنه لايلزمه الدم لأنه طرف من اللحية وهو مع اللحية كعضو واحد ، وإذا كان الكل عضوا واحدا لايجب بما دون الربع منه الدم والشارب دون الربع من اللحية فتكفيه الصدقة في حلقه اهـ . وما في الهداية إنما يظهر تفريعه على قول محمد في تطييب بعض العضو حيث قال : يجب بقدره من الدم ، أما على ماعرف من جادّة ظاهر المذهب وهو أن مالم يجب فيه الدم تجب فيه الصدقة مقدرة بنصف صاع إلا فيما يستثنى فلا . ثم على تقدير التفريع على قول محمد فالواجب أن ينظر إلى نسبة المأخوذ من

لأن الرواية محفوظة عنهما . وقوله (أراد به) أي بقوله عضوا (الصدر والساق وما أشبه ذلك) مثل الفخذ والعضد. فإن قيل : الجناية بالحلق إنما تتكامل إذا كان العضو مقصودا بالحلق وما ذكرتم ليس كذلك . قلت : هذا الذي ذكرت هو ماذكر في المبسوط . قال بعد ماذكر حلق الرأس : ثم الأصل بعد هذا أنه متى حلق عضوا مقصودا بالحلق من بدنه قبل أوان التحلل فعليه دم ، وإن حلق ماليس بمقصود فعليه صدقة ؛ ثم قال : ومما ليس بمقصود حلق شعر الصدر والساق ، ولكن المصنف ذكر ماهو الموافق لرواية الجامع الصغير لفخر الإسلام نظرا إلى أنه مقصود بالتنوّر : أي إزالته بالنورة ، ولا فرق عند الأئمة الأربعة في إزالة الشعر بين الحلق والنتف والتنوّر فكانت الجناية بحلق كله كاملة وبحلق بعضه قاصرة . وقوله (وإن أخذ من شاربه) ظاهر . وقيل الشارب عضو مقصود بالحلق ، فإن من عادة بعض الناس حلق الشارب دون اللحية ، فكان الواجب تكامل الجناية بحلقه .

(قال المصنف : أراد به الصدر والساق) أقول : تفسير للمراد بما هو أخص من مؤدى اللفظ ليخرج بذلك الرأس واللحية فإن في الربع من كل منهما الدم بخلاف هذه الأعضاء والفارق العادة ، ثم جعله الصدر والساق مقصودين بالحلق موافق لجامع فخر الإسلام مخالف لما في المبسوط ، ففيه متى حلق عضوا مقصودا بالحلق فعليه دم ، وإن حلق ماليس بمقصود فصدقة .

فيجب عليه الطعام بحسب ذلك، حتى لوكان مثلا مثل ربع الربع تلزمه قيمة ربع الشاة ، ولفظة الأخذ من الشارب تدل على أنه هو السنة فيه دون الحلق ، والسنة أن يقص حتى يوازى الإطار . قال (وإن حلق موضع المحاجم فعليه دم عند أبى حنيفة) رحمه الله (وقالا : عليه صدقة) لأنه إنما يحلق لأجل الحجامة وهى ليست من المحظورات فكذا ما يكون وسيلة إليها ، إلا أن فيه إزالة شيء من التفث فتجب الصدقة . ولأبى حنيفة رحمه الله أن حلقه مقصود لأنه لايتوسل إلى المقصود إلا به ،

ربع اللحية معتبرا معها الشارب كما يفيده ما فى المبسوط من كون الشارب طرفا من اللحية هو معها عضو واحد لا أنه ينسب إلى ربع اللحية غير معتبر الشارب معها ، فعلى هذا إنما يجب ربع قيمة الشاة إذا بلغ المأخوذ من الشارب ربع المجموع من اللحية مع الشارب لا دونه ، وإذا أخذ المحرم من شارب حلال أطعم ما شاء (قوله ولفظة الأخذ تدل على أنه هو السنة فيه دون الحلق) يشير إلى خلاف ماذكر الطحاوى فى شرح الآثار حيث قال : القص حسن ، وتفسيره أن يقص حتى ينتقص عن الإطار وهو بكسر الهمزة ملتقى الجلدة و اللحم من الشفة ، وكلام المصنف على أن يحاذيه . ثم قال الطحاوى : والحلق أحسن ، وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد والمذهب عند بعض المتأخرين من مشايخنا أن السنة القص اهـ . فالمصنف إن حكم بكون المذهب القص أخذا من لفظ الأخذ فى الجامع الصغير فهو أعم من الحلق لأن الحلق أخذ ، والذى ليس أخذا هو النتف . فإن ادعى أنه المتبادر لكثرة استعماله فيه منعناه ، وإن سلم فليس المقصود فى الجامع هنا بيان أن السنة هو القص أولا بل بيان ما فى إزالة الشعر على المحرم ، ألا ترى أنه ذكر فى الإبط الحلق ولم يذكر كون المذهب فيه استنان الحلق ، فعلم أن المقصود ذكر ما يفيد الإزالة بأى طريق حصلت لتعيين حكمه ، وأما الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام « خمس من الفطرة : الختان ، والاستحداد ، وقص الشارب ، وتقليم الأظفار ، ونتف الآباط » فلا ينافى مايريده بلفظ الحلق ، فإن المراد منه المبالغة فى الاستئصال عملا بقوله عليه الصلاة والسلام فى الصحيحين « أحفوا الشوارب » وهو المبالغة فى القطع ، وبأى شيء حصل حصل المقصود غير أنه بالحلق بالموسى أيسر منه بالمقصة ، وقد يكون بالمقصة أيضا مثله ، وذلك بخاص منها يضع للشارب فقط . فقول الطحاوى : الحلق أحسن من القص يريد القص الذى لم يبلغ ذلك المبلغ فى المبالغة ، فإن عند أهل الصناعة قصا يسمونه قص حلاقة (قوله لأنه لايتوسل إلى المقصود إلا به) يفيد أنه إذا لم تترتب الحجامة على حلق موضع المحاجم لايجب الدم لأنه أفاد أن كونه مقصودا إنما هو للتوسل به إلى الحجامة ، فإذا لم تعقبه الحجامة لم يقع وسيلة فلم يكن مقصودا فلا يجب إلا الصدقة . وعبارة

وأجيب بأنه مع اللحية فى الحقيقة عضو واحد لاتصال البعض بالبعض فلا يجعل فى حكم أعضاء متفرقة كالرأس : فإن من العلوية من عادته حلق مقدم الرأس وذلك لايدل على أن كله ليس بعضو واحد ، وقوله (تدل على أنه هو السنة فيه دون الحلق) هو المذهب عند بعض المتأخرين من مشايخنا لما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال « عشرة من فطرتى وفطرة إبراهيم خليل الرحمن وذكر من جملتها قص الشارب » . وقوله (حتى يوازى الإطار) قال فى المغرب : إطار الشفة ملتقى جلدتها ولحمتها مستعار من إطار المنخل والدف . قال (وإن حلق موضع المحاجم فعليه دم) المراد بالمحاجم ههنا جمع محجم اسم آلة من الحجامة بدليل ذكر اسم الموضع فلا يصح أن يكون جمع محجم بفتح الميم اسم موضع من الحجامة ، ودليلهما ظاهر . وأما دليل أبى حنيفة ففيه اشتباه لأنه جعل حلقه مقصودا ووسيلة وهما متنافيان . وأجيب بأنه لم يقل بأن حلقه مقصود لذاته بل قال مقصودا ، وما لايتم المقصود

وقد وجد إزالة التفث عن عضو كامل فيجب الدم (وإن حلق رأس محرم بأمره أو بغير أمره فعلى الحالق الصدقة وعلى المحلوق دم) وقال الشافعي رحمه الله: لايجب إن كان بغير أمره بأن كان نائما لأن من أصله أن الإكراه يخرج المكره من أن يكون مؤاخذا بحكم الفعل والنوم أبلغ منه. وعندنا بسبب النوم والإكراه ينتفي المأثم دون الحكم وقد تقرر سببه، وهو ما نال من الراحة والزينة

شرح الكنز واضحة فى ذلك حيث قال فى دليلهما: ولأنه قليل فلا يوجب الدم، كما إذا حلقه لغير الحجامة، وفى دليله أن حلقه لمن يحتجم مقصود وهو المعتبر بخلاف الحلق لغيرها. فظهر لك أن التركيب الصالح فى وجه قولهما عبارة شرح الكنز. بخلاف تركيب الكتاب حيث قال: الحجامة ليست بمحظورة. فكذا مايكون وسيلة إليها فإنه يفيد أنى حظر هذا الحلق للحجامة إذ لا تفعل الحجامة إلا للحاجة إلى تنقيص الدم فلا يكون الحلق محظورا، ولازم هذا ليس إلا عدم وجوب الصدقة عينا بل يتخير بين ذلك والصوم. وليس المقصود هذا بل لزوم الصدقة عينا بمعنى عدم دخول الدم فى كفارة هذا الحلق خلافا لأبى حنيفة، وعدم الحظر لايستلزمه. وقوله فى وجه قول أبى حنيفة رحمه الله (وقد وجد إزالة التفث عن عضو كامل) يريد أن هذا الموضع فى حق الحجامة كامل (قوله وإن حلق رأس محرم) الفاعل ضمير المحرم لأن الضمائر فى الأفعال كلها مثل فإن خضب رأسه بالحناء، فإن ادّهن بزيت وإن لبس ثوبا مخيطا أو غطى رأسه للمحرم بعد ماصرح به فى أول الباب إذ قال إذا تطيب المحرم ولهذا قال بعده وكذا إذاكان الحالق حلالا لايختلف الجواب فى المحلوق رأسه، إلا أن تعيين المحلوق رأسه بنفى اختلاف الجواب غير مفيد. والحاصل أنه إما أن يكونا محرمين أو حلالين، أو الحالق محرما والمحلوق رأسه حلالا أو قلبه، وفى كل الصور على الحالق صدقة إلا أن يكونا حلالين وعلى المحلوق دم إلا أن يكون حلالا ولا يتخير فيه وإن كان بغير إرادته بأن يكون مكرها أو نائما لأنه عذر من جهة العباد، بخلاف المضطر فإذا حلق الحلال رأس محرم فقد باشر قطع ما استحق الأمن بالإحرام، إذ لافرق بين لاتحلقوا حتى تحلوا وبين لاتعضدوا شجر الحرم، فإذا استحق الشجر نفسه الأمن من هذه العبارة استحق الشعر أيضا الأمن فيجب بتفويته الكفارة بالصدقة، وإذا حلق المحرم رأس حلال فالارتفاق الحاصل له برفع تفث غيره، إذ لاشك فى تأذى الإنسان بتفث غيره يجده من رأى ثائر الرأس شعثها وسخ الثوب تفل الرائحة، وما سن غسل الجمعة بل ما كان واجبا إلا لذلك التأذى إلا أنه دون التأذى بتفث نفسه فقصرت الجناية فوجبت الصدقة. والمصنف أجرى الوجه الأول فى هذا، وقد يمنع بأن استحقاق الشعر الأمن إنما هو بالنسبة إلى من قام به الإحرام حالقا أو محلوقا، فإن خطاب لاتحلقوا للمحرمين فلذا خصصنا به الأول. بقى أن المحرم إذا حلق رأس المحرم اجتمع فيه تفويت الأمن المستحق، والارتفاق بإزالة

لذاته إلا به فهو مقصود، وإن كان لغيره فلا تنافى بينهما. بقى الكلام فى أن المراد بالمقصود أعم من أن يكون لذاته أو لغيره. وقوله (عن عضو كامل) يعنى أن هذا الموضع فى حق الحجامة عضو كامل. قوله (وإن حلق) يعنى المحرم (رأس محرم بأمره أو بغير أمره) الحالق والمحلوق رأسه إما أن يكون حلالين أو محرمين، أو الحالق حلال والمحلوق محرم أو بالعكس من ذلك؛ فالأول لاكلام فيه. والثانى على الحالق فيه صدقة سواء حلق بأمر المحلوق أو بغير أمره، خلافا للشافعى فيهما فإنه يقول: لا شىء على الحالق مطلقا لأن الموجب هو الارتفاق، وهو لايتحقق بحلق شعر غيره، ولا على المحلوق (إذا كان بغير أمره بأن كان نائما لأن من أصله أن الإكراه يخرج المكره من المؤاخذة بحكم الفعل والنوم أبلغ منه) لأن القصد يفسد بالإكراه وينعدم بالنوم. وقلنا فى الحالق: إن إزالة ماينمو

فيلزمه الدم حتما ، بخلاف المضطر حيث يتخير لأن الآفة هناك سماوية وههنا من العباد، ثم لايرجع المحلوق رأسه على الحالق ، لأن الدم

تفث غيره ، وقد كان كل منهما بانفراده موجبا للصدقة ، فربما يقال تتكامل الجناية بهذا الاجتماع فتقتضى وجوب الدم على الحالق كما قال أبو حنيفة فى الادهان بالزيت البحت حيث أوجب الدم لاجتماع أمور لو انفرد كل منها لم يوجبه كتليين الشعر وأصالته للطيب وقتل الهوام فتكاملت الجناية بهذه الجملة فوجب الدم . وتقرير الخلاف مع الشافعى ظاهر من الكتاب ، فمبنى عدم إلزام المحرم شيئا إذا كان غير مختار ما تقدم غير مرة فى الصلاة والصوم من أن عدمه يسقط الحكم عنده وعندنا لا . ومبنى عدمه عنده على الحالق مطلقا عدم الموجب ، أما إن كان حلالا فلأن الحالق غير محرم عليه ، وإن كان محرما فكذلك لأن الارتفاق لم يحصل له وهو الموجب عليه . فإن قيل : قد باشر أمرا محظورا وهو إعانة المحلوق المحرم على المعصية إن كان باختياره وبغير اختياره أولى . قلنا : المعاصى إنما هى أسباب لعقوبة الإحلال ، وليس كل معصية توجب جزاء فى أحكام الدنيا إلا بالنص وهو منتف فى الحالق فنقول : أما الحلال فألحقناه بقاطع شجر الحرم بجامع تفويت أمن مستحق مستعقب للجزاء . والواجب اتباع الدليل لا بقيد كونه نصا . وأما المحرم فلأن المؤثر للجزاء فى حقه هو نيل الارتفاق بقضاء التفث ، فإن كان على وجه الكمال كان الجزاء دما وإلا فصدقة . وقيد الإضافة إلى نفسه ملغى إذ لم يثبت اعتباره وعقلية استقلال ماسواه ثابتة . والحاصل أن نفسه محل والمحل لايدخل فى التعليل وإلا امتنع القياس ، فالأصل إلغاء المحال إلا أن يدل على قصد تخصيص الحكم به دليل لامرد له ، خصوصا إذا لم يتوقف عليه مناسبة المناسب فيتعدى من نفسه إلى غيره إذا وجد فيه تمام المؤثر وقصورها ردها إلى الصدقة . وقد يقال : مباشرة الفعل الذى به قضاء التفث إن كان جزء العلة ولو حكما بأن يأذن المحرم فى حلق رأسه لزم عدم الجزاء على النائم بحلق رأسه وإلا لزم الجزاء إذا نظر إلى ذى زينة مقضى التفث ، فإن اختير الثانى وادعى أن الارتفاق لايحصل بمجرد رؤية كما قلنا بنفى الجزاء فى مجرد اللبس لذلك عكره مالو فرض طولها يوما مع محادثته وصحبته واستنشاق طيبه ، ولو كان إلى شىء اقلت باختيار الأول ونفى الجزاء عن النائم والمكره ، ولا يلزمنى هذا فى كل موضع كالصلاة وغيرها لأن الفساد فيها مثلا علق بمجرد وجود الكلام مثلا ، وهنا قد فرض تعليق الجزاء بالارتفاق الكائن عن مباشرة السبب ولو حكما

من بدن الإنسان من محظورات الإحرام لاستحقاقه الأمان بمنزلة نبات الحرم ، وتناول محظورات الإحرام يوجب الجزاء سواء كان فى بدنه أو فى غير بدنه كما فى نبات الحرم فلا يفترق الحال بين شعره وشعر غيره ، إلا أن الجناية فى شعره متكاملة فيلزمه فيه الدم وفى غيره الصدقة ، وفى المحلوق رأسه تقرر السبب وهو نيل الراحة والزينة وذلك يوجب الدم والنوم والإكراه لايصلحان مانعين لأن الإثم ينتفى بهما دون الحكم . قيل : ذكر المصنف ههنا أن بحلق الشعر تحصل الزينة فتجب الكفارة ، وذكر فى الديات من هذا الكتاب أن فى شعر الرأس الدية لأنه يفوت به منفعة الجمال وذلك تناقض لأن الجمال هو الزينة . وأجيب بأنه جمال من حيث الخلقة ولهذا يتكلف عادمه فى ستره ، ويحصل بحلقه زينة إزالة الشعث والتفل ، وإذا اختلفت الجهة زال التناقض ، وقوله (بخلاف المضطر) متصل بقوله حتما : أى بخلاف المحرم المضطر إلى حلق رأسه ، فإنه إذا حلقه يتخير إن شاء ذبح شاة وإن شاء تصدق على ستة مساكين وإن شاء صام ثلاثة أيام (لأن الآفة هنالك سماوية ، وفى صورة النزاع من العباد ثم المحلوق رأسه لايرجع على الحالق بما وجب عليه من الدم) وقال بعض العلماء : يرجع لأنه هو الذى أوقعه

إنما لزمه بما نال من الراحة فصار كالمغرور فى حق العقر ،وكذا إذا كان الحالق حلالا لايختلف الجواب فى حق المحلوق رأسه ، وأما الحالق تلزمه الصدقة فى مسألتنا فى الوجهين . وقال الشافعى رحمه الله : لاشىء عليه وعلى هذا الخلاف إذا حلق المحرم رأس حلال . له أن معنى الارتفاق لايتحقق بحلق شعر غيره وهو الموجب : ولنا أن إزالة ماينمو من بدن الإنسان من محظورات الإحرام لاستحقاقه الأمان بمنزلة نبات الحرم فلا يفترق الحال بين شعره وشعر غيره إلا أن كمال الجناية فى شعره (فإن أخذ من شارب حلال أو قلم أظافيره أطعم ماشاء) والوجه فيه مابينا . ولا يعرى عن نوع ارتفاق لأنه يتأذى بتفث غيره وإن كان أقل من التأذى بتفث نفسه فيلزمه الطعام (وإن قص أظافير يديه ورجليه فعليه دم) لأنه من المحظورات لما فيه من قضاء التفث وإزالة ماينمو من البدن . فإذا قلمها كلها فهو ارتفاق كامل فيلزمه الدم . ولا يزاد على دم إن حصل فى مجلس واحد لأن الجناية من نوع

(قوله فصار كالمغرور) يعنى كما لايرجع بالعقر على من غره بحرية من تزوج بها إذا ظهرت أمة بعد الدخول لأن بدله وهو ما ناله من اللذة والراحة حصل للمغرور فيكون البدل الآخر عليه دون الغار ، كذلك لايرجع المحلوق رأسه على الحالق بغير إذن لأن سببه اختص به (قوله فإن أخذ من شارب حلال أو قلم أظافيره أطعم ماشاء) أما فى الشارب فلا شك . وأما فى قلم الأظافير فخالف لما فى المبسوط . فأصل الجواب فى قص الأظفار هنا كالجواب فى الحلق . وفى المحيط أيضا قال : عليه صدقة . هذا وعن محمد رواية لايضمن فى قص الأظفار . واعلم أن صريح عبارة الأصل فى المبسوط . وفى الكافى للحاكم فى الحالق هكذا : وإن حلق المحرم رأس حلال تصدق بشىء ، وإذا حلق المحرم رأس محرم آخر بأمره أو بغير أمره فعلى المحلوق دم وعلى الحالق صدقة اهـ . وهذه العبارة إنما تقتضى لزوم الصدقة المقدرة بنصف صاع فيما إذا حلق رأس محرم . وأما فى الحلال فتقتضى أن يطعم : أى شىء شاء كقولهم : من قتل قملة أو جرادة تصدق بما شاء . وإرادة المقدرة فى عرف إطلاقهم أن يذكر لفظ صدقة فقط ، والله أعلم بحقيقة الحال . ثم بعد التفصيل المذكور فى الحالق قال : والجواب فى قص الأظفار كالجواب فى الحلق وإن كان ماذكرناه أنه مقتضى عرفهم فى التعبير واقعا فيكون ذلك التفصيل أيضا جاريا فى قص الأظفار فيصدق ما فى الهداية لأنه فرض الصورة فى قلم أظفار الحلال (قوله فإن قص أظافير يديه ورجليه فعليه دم) لأنه

فى هذه العهدة فكأنه أخذ هذا القدر من ماله . وقلنا (الدم إنما لزمه بما نال من الراحة فصار كالمغرور) إذا ضمن العقر لايرجع على الغار لأنه فى مقابلة ما استوفاه من منافع البضع . وقوله (وكذا إذا كان الحالق حلالا) هو الوجه الثالث من الأقسام العقلية وليس فيه على الحالق شىء بالاتفاق وفى المحلوق الخلاف المذكور . وقوله (فى مسئلتنا) أراد به ما إذا كان الحالق محرما . وقوله (فى الوجهين) أراد به ما كان بأمره أو بغير أمره . وقوله (فإن أخذ) يعنى المحرم (من شارب حلال أو قص أظافيره أطعم ماشاء والوجه فيه مابينا) يعنى قوله : إن إزالة ماينمو من بدن الإنسان من محظورات الإحرام . وقوله (ولا يعرى عن نوع ارتفاق) إشارة إلى الجواب عما قال الشافعى رحمه الله حلق رأس غيره والأخذ من شاربه بمنزلة أن يلبس غيره مخيطا فى عدم ارتفاقه ، فكما لايجب فى الإلباس عليه شىء فكذلك ههنا ، وذلك لأن فى الحلق وأخذ الشارب ارتفاقا له لأن الإنسان يتأذى بتفث غيره ، وليس فى إلباس المخيط ذلك لكن التأذى بتفث غيره أقل من التأذى بتفث نفسه (فيلزمه الطعام) وقوله (وإن قص) أى المحرم (أظافير يديه ورجليه) ظاهر . وقوله (لأن الجناية من نوع واحد) يعنى تسمية ومعنى ، أما تسمية فلأن الكل

(قوله بمنزلة أن يلبس غيره مخيطا فى عدم ارتفاقه ، فكما لايجب عليه فى الإلباس شىء فكذلك ههنا) أقول : وجوابه أن الفارق ظاهر لأن مجرد لبس المخيط لايلزمه شىء ، بل بدوامه يوما ولدوامه حكم الابتداء فيكون فى إبقائه عليه مقصرا بخلاف الحلق .

واحد ، فإن كان فى مجالس فكذلك عند محمد رحمه الله لأن مبناها على التداخل فأشبه كفارة الفطر إلا إذا تخللت الكفارة لارتفاع الأولى بالتكفير . وعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله : تجب أربعة دماء إن قلم فى كل مجلس يدا أو رجلا لأن الغالب فيه معنى العبادة فيتقيد التداخل باتحاد المجلس كما فى آى السجدة

أكمل ارتفاق يكون بالقص ، وقص يد واحدة ارتفاق كامل ففيه الدم أيضا ، فقص الكل فى مجلس واحد كلبس كل الثياب وحلق شعر كل البدن فى مجلس لايوجب غير دم واحد (فإن كان فى مجالس فكذا عند محمد) أى دم واحد لأن مبنى هذه الكفارة على التداخل حتى لزم المحرم بقتل صيد الحرم قيمة واحدة مع الجناية على الإحرام والحرم فأشبهت كفارة الفطر فى رمضان فى أنه إذا تكررت الجنايات بالفطر ولم يكفر لواحدة منها لزمه كفارة واحدة ، وإن كفر للسابقة كفر للاحقة كذا هنا (قوله وعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف عليه أربعة دماء إن قص فى كل مجلس طرفا من أربعته لأن الغالب فيه معنى العبادة) خرج الجواب عن كفارة الإفطار فيتقيد التداخل باتحاد المجلس . غير أنه لابدّ من إثبات هذه المقدمة ، والمثبت لها لزوم الكفارة شرعا مع الأعذار . ومن المعلوم أن الأعذار مسقطة للعقوبات . وعلى هذا فلا يخفى أنّ لازم ترجح معنى العبادة عدم التداخل لأنه اللائق بالجود ، إلا أن يوجبه موجب آخر كما أوجبه فى آى السجدة لزوم الحرج لو لم يعتبر ولا موجب هنا . والإلحاق بآى السجدة فى الكتاب إنما هو فى تقيد التداخل بالمجلس لا فى إثبات التداخل نفسه وإلا كان بلا جامع لأن موجبه فى الأصل : أعنى آى السجدة لزوم الحرج ، وذلك لأن العادة مستمرة بتكرار الآيات للدراية والدراسة والتدبر للاتعاظ للحاجة إلى ذلك ، فلو لم يتداخل لزم الحرج ، غير أن ماتندفع هذه الحاجات به من التكرار يكون غالبا فى مجلس واحد فتقيد التداخل به ، وليس شبب لزوم الحرج لولا التداخل هنا قائما ، إذ لاداعى لمن أراد قص أظفار يديه ورجليه إلى تفريق ذلك فى مجالس فلا عادة مستمرة فى ذلك فلا حرج يلزم بتقدير عدم التداخل

يسمى قصا ، وأما معنى فلأن الارتفاق من حيث القص وهو شىء واحد . وقوله (لأن مبناها على التداخل) يعنى أن المحرم إذا قتل صيد الحرم يكفيه قيمة واحدة وإن كانت الجناية فى حق الحرم والإحرام جميعا فكان مبناها على ذلك (فأشبه كفارة الفطر) وهما يقولان : كفارة الإحرام معنى العبادة فيها غالب بدليل أنها تجب على المعذور كالمكره والنائم والمخطئ والناسى والمضطر، وبالنظر إلى ذلك لاتتداخل فقلنا بتقيد التداخل باتحاد المجلس لأنه إذا كان فى مجلس واحد فالمقصود واحد والمحالّ مختلفة فرجحنا اتحاد المقصود بوجود الجامع وهو المجلس ، وأما إذا اختلفت المجالس فيترجح جانب اختلاف المحال ويلزم لكل واحد دم عملا بالوجهين . فإن قيل : الجنايات إذا كانت من جنس واحد لاتتعدد الكفارة كما إذا حلق رأسه فى مجالس مختلفة فإن عليه كفارة واحدة لذلك . فالجواب أن ههنا اتحاد المقصود واتحاد المحل وكذا اختلافهما ، فمتى اتحد الجميع لزمه كفارة واحدة بلا خلاف بينهم ، ومتى اختلف الجميع لزمه الكفارة متعددة ؛ ومتى اتحد المقصود واختلف المحال ، فإن اتحد المجلس تقوّى جانب الاتحاد فلزمه كفارة واحدة ، ومتى اختلف المجلس تقوى جانب الاختلاف وتعددت الكفارة ، فإذا عرفت هذا ظهر لزوم التعدد فيما نحن فيه عند اختلاف المجلس ولزوم الوحدة عند اتحاده ، ولا يلزم حلق الرأس عليه لأن المحل متحد والمقصود كذلك ، بخلاف محل النزاع لأن المحال فيه مختلفة ولا يشكل بحلق الإبطين فإن المقصود متحد والمحالّ مختلفة ، ولا يختلف الحال فى اتحاد الجزاء بين ما كان المجلس متحدا أو مختلفا لأن ذلك لا رواية فيه ، ولأن كانت فثمة ما يوجب اتحاد المحال وهو التنوير ، فإنه لو نوّر جميع البدن لم يلزمه إلا كفارة واحدة ، وقد تقدم أن الحلق

(وإن قص يدا أو رجلا فعليه دم) إقامة للربع مقام الكل كما فى الحلق (وإن قص أقل من خمسة أظافير فعليه صدقة) معناه تجب بكل ظفر صدقة. وقال زفر رحمه الله: يجب الدم بقص ثلاثة منها، وهو قول أبى حنيفة الأول لأن فى أظافير اليد الواحدة دما والثلاث أكثرها. وجه المذكور فى الكتاب أن أظافير كف واحد أقل ما يجب الدم بقلمه وقد أقمناها مقام الكل، فلا يقام أكثرها مقام كلها لأنه يؤدى إلى ما لا يتناهى (وإن قص خمسة أظافير متفرقة من يديه ورجليه فعليه صدقة عند أبى حنيفة وأبى يوسف) رحمهما الله تعالى (وقال محمد) رحمه الله (عليه دم) اعتبارا بما لو قصها من كف واحد، وبما إذا حلق ربع الرأس من مواضع متفرقة. ولهما أن

على تقدير قص كل طرف فى مجلس فلا يثبت هذا الحكم إلا أن يكون فيه إجماع. وفى المبسوط: لو قص إحدى يديه ثم الأخرى فى مجلس أو حلق رأسه ولحيته وإبطيه أو جامع مرارا قبل الوقوف فى مجلس واحد مع امرأة واحدة أو نسوة فعليه دم واحد، وإن اختلفت المجالس يلزمه لكل مجلس موجب جنايته فيه عندهما. وقال محمد: عليه دم واحد فى تعدد المجالس أيضا ما لم يكفر عن الأولى وتقدم نظيره فى الطيب اعتبره بما لو حلق فى مجلس واحد ربع رأسه ثم فى مجلس آخر ربعه ثم وثم حتى حلق كله فى أربعة مجالس يلزمه دم واحد اتفاقا ما لم يكفر للأول. والفرق لهما أن الجناية فى الحلق واحدة لاتحاد محلها وهو الرأس (قوله إقامة للربع مقام الكل كما فى الحلق) أى حلق الرأس واللحية لأن حلق ربع غيرهما من الأعضاء إنما فيه الصدقة. فإن قيل: إلحاق الربع من الرأس بكله بناء على انه معتاد والمعتاد فى قلم الأظفار ليس الاقتصار على طرف واحد فكيف هذا الإلحاق مع انتفاء الجامع؟ فالجواب أن الجامع إنما هو كمال الارتفاق لا الاعتياد، إلا أنه لما كان قد يتردد فى حصوله بحلق ربع الرأس أثبته بالعادة إذ القصد إليه على وجه العادة لمن يقصده ليس إلا لنيل الارتفاق لا أنها هى المناط للزوم الدم. ولا شك أن أدنى كمال الارتفاق يحصل بقلم تمام يد وإن كان فى اليدين أكمل وفى الكل أكمل من هذا فيثبت به الدم ولا يبالى بكونه غير معتاد (قوله لأنه يؤدى إلى ما لا يتناهى) كلام خطابى لا تحقيقى: أى كان يجب أن يقام أكثر الثلاثة أيضا

مثل التنوير وليس فى صورة النزاع ما يجعلها كذلك. وقوله (وإن قص يدا أو رجلا) ظاهر. وقوله (وجه المذكور فى الكتاب) أى القدورى (أن أظافير كف واحد أقل ما يجب الدم بقلمه) وكل ما هو كذلك لا يقام أكثره مقامه، أما أنها أقل ما يجب الدم بقلمه فلأنه إنما وجب الدم باعتبار قيامه مقام الكل، وفى ذلك شبهة وليس بعد الشبهة إلا شبهة الشبهة وهى غير معتبرة بحال، وقد أشار إلى هذا التعليل بقوله (وقد أقمناها مقام الكل) وهو فى موضع الحال: أى أنها أقل ما يجب الدم بقلمه حال كونها مقامة مقام الكل ففيها شبهة الكلية إلى آخر ما ذكرنا، وأما أن كل ما هو كذلك لا يقام أكثر مقامه فلما قال (لأنه يؤدى إلى ما لا يتناهى) لأنه إذا أقيم الثلاثة مقام خمسة يقام الاثنان مقام الثلاثة، ثم الظفر والنصف مقام الظفرين، ثم الظفر الواحد مقام ظفر ونصف وهلم جرا دفعا للتحكم، والمراد بقوله إلى ما لا يتناهى. إلى ما يتعسر اعتباره، لأن الجسم عندنا أهل السنة والجماعة يتناهى إلى الجزء الذى لا يتجزأ فلا بد له من تأويل وذلك ما قلنا (وإن قص خمسة أظافير متفرقة) بالجر صفة للمعدود كما فى قوله تعالى - سبع بقرات سمان - (من يديه ورجليه فعليه صدقة عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله. وقال محمد رحمه الله: عليه دم اعتبارا بما لو قصها من كف واحد) بجامع أنه قص خمسة أظافير ولا تفرقة فى ذلك بين أن تكون من يد واحدة أو من يد ورجل (وبما إذا حلق ربع الرأس من مواضع متفرقة)، ولهما أن الدم إنما يجب عند

كمال الجناية بنيل الراحة والزينة وبالقلم على هذا الوجه يتأذى ويشينه ذلك ، بخلاف الحلق لأنه معتاد على ما مر . وإذا تقاصرت الجناية تجب فيها الصدقة فيجب بقلم كل ظفر طعام مسكين ، وكذلك لو قلم أكثر من خمسة متفرقا لأن أن يبلغ ذلك دما فحينئذ ينقص عنه ماشاء . قال (وإن انكسر ظفر المحرم وتعلق فأخذه فلا شيء عليه) لأنه لاينمو بعد الانكسار فأشبه اليابس من شجر الحرم (وإن تطيب أو لبس مخيطا أو حلق من عذر فهو مخير إن شاء ذبح وإن شاء تصدق على ستة مساكين بثلاثة أصوع من الطعام وإن شاء صام ثلاثة أيام) لقوله تعالى ـ ففدية من صيام أو صدقة أو نسك ـ وكلمة أو للتخيير وقد فسرها رسول الله عليه الصلاة والسلام بما ذكرنا ، والآية نزلت فى المعذور

كالظفرين ثم يقام أكثرهما وهكذا إلى أن يجب بقطع جوهرين لايتجزآن من قلامة ظفر واحد (قوله وبالقلم على هذا الوجه يتأذى) بخلاف ماقست عليه من الطيب والحلق فى مواضع متفرقة إذ يرتفق بهما متفرقين فانتفى الجامع . قالوا : لو قص ستة عشر ظفرا من كل طرف أربعة وجب عليه لكل ظفر صدقة إلا أن يبلغ ذلك دما فينقص ما شاء هذا ، وكل مايفعله العبد المحرم مما فيه الدم عينا أو الصدقة عينا فعليه ذلك إذا عتق لا فى الحال ولا يبدل بالصوم (قوله أو لبس من عذر) بأن اضطر إلى تغطية الرأس لخوف الهلاك من البرد أو للمرض أو لبس السلاح للحرب فعليه كفارة واحدة يتخير فيها بين أن يذبح شاة أو يطعم ستة مساكين لكل مسكين نصف صاع من طعام أو بصوم ثلاثة أيام ، وإن كان ينزعه ليلا ويلبسه نهارا مالم يذهب العدو مثلا ويأتى غيره ، وتقدم لهذا زيادة تفصيل فارجع إليه (قوله وقد فسرها) أى فسر الكفارة المتخير فيها بقوله تعالى ـ ففدية من صيام أو صدقة أو نسك ـ بما ذكرنا ، وذلك فى حديث كعب بن عجرة فى الصحيحين قال « حملت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم والقمل يتناثر على وجهى فقال : ماكنت أرى الوجع بلغ بك ما أرى ، أو ماكنت أرى الجهد بلغ بك ما أرى ، أتجد شاة ؟ فقلت لا ، فقال : صم ثلاثة أيام أو أطعم ستة مساكين لكل مسكين نصف صاع » وفى رواية « فأمره أن يطعم فرقا بين ستة أو يهدى شاة أو يصوم ثلاثة أيام » وفسر الفرق بثلاثة أصوع . وقوله فى الرواية الأولى « أتجد شاة » فى الابتداء محمول على أنه سأله هل تجد النسك ، فإن وجده أخبره أنه مخير بينه وبين الخصلتين وإن كان خلاف المتبادر كى لاتقع المعارضة بينه وبين الكتاب وهو قوله تعالى ـ ففدية من صيام أو صدقة أو نسك ـ

تكامل الجناية بنيل الراحة والزينة و) هذا ليس كذلك لأنه (بالقلم على هذا الوجه يتأذى ويشينه ذلك . بخلاف الحلق لأنه معتاد) فإن من يأخذ شيئا من مقدم رأسه وشيئا من مؤخره فإذا جمع الجميع يصير مقدار الربع (وإذا تقاصرت الجناية تجب فيها الصدقة) ومقدارها لكل ظفر طعام مسكين (وكذلك لو قلم أكثر من خمسة متفرقا إلا أن يبلغ ذلك دما فينقص منه ما شاء) حتى قالوا لو قص ستة عشر ظفرا من كل عضو أربعة فعليه لكل ظفر طعام مسكين إلا أن يبلغ ذلك دما فينقص منه ما شاء . وقوله (وإن انكسر ظفر المحرم) ظاهر . وقوله (والآية نزلت فى المعذور) قال كعب بن عجرة بضم العين وسكون الجيم « مر بى رسول الله صلى الله عليه وسلم والقمل يتهافت على وجهى وأنا أوقد تحت قدر لى ، فقال : أيؤذيك هوام رأسك ؟ فقلت نعم ، فأنزل الله تعالى ـ ففدية من صيام أو صدقة أو نسك ، فقلت : ما الصيام يا رسول الله ؟ فقال : ثلاثة أيام كما ذكر فى الكتاب » ولولا تفسيره عليه الصلاة والسلام لقدرناه بستة أيام لأنه لما تقدر الطعام بستة مساكين كان القياس أن يكون الصوم ستة أيام . والحكم فى كل ما اضطر إليه مما لو فعله غير المضطر وجب عليه الدم كذلك يجب عليه أحد الأشياء المذكورة .

ثم الصوم يجزيه فى أىّ موضع شاء لأنه عبادة فى كل مكان؛ وكذلك الصدقة عندنا لما بينا . وأما النسك فيختص بالحرم بالاتفاق لأن الإراقة لم تعرف قربة إلا فى زمان أو مكان ، وهذا الدم لايختص بزمان فتعين اختصاصه بالمكان ؛ ولو اختار الطعام أجزأه فيه التغذية والتعشية عند أبى يوسف رحمه الله اعتبارا بكفارة اليمين. وعند محمد رحمه الله لايجزيه لأن الصدقة تنبئ عن التمليك وهو المذكور .

والرواية الأخرى (قوله وأما النسك فيختص بالحرم) قال الله تعالى فى جزاء الصيد ـ هديا بالغ الكعبة ـ وهو واجب بطريق الكفارة فكان أصلا فى كل هدى وجب كفارة فى اختصاصه بالحرم . وقوله لأن الإراقة لم تعرف قربة إلا فى زمان أو مكان يعطى أن القربة هنا تعلقت بالإراقة ، ولازمه جواز الأكل منه كهدى المتعة والقران والأضحية ، لكن الواقع لزوم التصدق بجميع لحمه لأنه كفارة ، ثم لازم هذا بحسب المتبادر أنه لو سرق بعد ماذبح يلزمه إقامة غيره مقامه ، لكن الواقع أن لايلزمه ذلك وغيره فكان القربة فيه لها جهتان : جهة الإراقة . وجهة التصدق . فللأولى لايجب غيره إذا سرق مذبوحا . وللثانية يتصدق بلحمه ولايأكل منه (قوله وهو) أى الصدقة على تأويل التصدق (المذكور) فى الآية ، قيل قول أبى حنيفة كقول محمد . وقال أبو يوسف : الحديث الذى فسر الآية فيه لفظ الإطعام فكان ككفارة اليمين . وفيه نظر . فإن الحديث ليس مفسر المجمل بل إنه مبين للمراد بالإطلاق ؛ وهو حديث مشهور عملت به الأمة فجازت الزيادة به . ثم المذكور فى الآية الصدقة وتحقق حقيقتها بالتمليك ؛ فيجب أن يحمل فى الحديث الإطعام على الإطعام الذى هو الصدقة وإلا كان معارضا . وغاية الأمر أنه يعتبر بالاسم الأعم ، والله أعلم .

قوله (وكذلك الصدقة عندنا) يعنى خلافا للشافعى فإنه يقول : لايجزئه الطعام إلا فى الحرم لأن المقصود به الرفق بفقراء الحرم ووصول المنفعة إليهم. وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأنه عبادة فى كل مكان . وقوله (وأما النسك) يقال نسك لله نسكا ومنسكا : إذا ذبح لوجهه ، ثم قالوا : لكل عبادة نسك ، ومنه قوله تعالى ـ قل إن صلاتى ونسكى ـ والمراد به ههنا الهدى الذى يذبحه فى الحرم بطريق الجزاء عما باشره من محظورات الإحرام كالطيب والحلق فى حالة العذر ، وذلك مخصوص بالحرم بالاتفاق (لأن الإراقة لم تعرف قربة إلا فى زمان) كالأضحية وهدى المتعة والقران فى أيام النحر (أو فى مكان) كما فى دماء الكفارات ، قال الله تعالى فى جزاء الصيد ـ هديا بالغ الكعبة ـ وذلك واجب بطريق الكفارة (وهذا الدم لايختص بزمان فتعين اختصاصه بالمكان) وهو الحرم ، وليس المعنىّ بالاختصاص إراقة الدم لاغير لأنه تلويث الحرم إنما المقصود هو التصدق باللحم بعد الذبح ؛ فعليه أن يتصدق بلحمه على فقراء الحرم وغيرهم عندنا . وقوله (ولو اختار الطعام أجزأه) ظاهر ، وأبو يوسف نظر إلى كفارة اليمين فى القران فإنه ذكر بلفظ الإطعام وهو يفيد الإباحة وإلى تفسير النبى عليه الصلاة والسلام فإنه قال « أطعم ستة مساكين » ومحمد نظر إلى قوله ـ أو صدقة ـ فإنها تنبئ عن التمليك ، بخلاف كفارة اليمين فإن المذكور فيها الإطعام لا الصدقة .

(فصل)

(فإن نظر إلى فرج امرأته بشهوة فأمنى لاشىء عليه) لأن المحرّم هو الجماع ولم يوجد فصار كما لو تفكر فأمنى (وإن قبل أو لمس بشهوة فعليه دم) وفى الجامع الصغير يقول : إذا مس بشهوة فأمنى ، ولا فرق بين ما إذا أنزل أو لم ينزل ذكره فى الأصل . وكذا الجواب فى الجماع فيما دون الفرج . وعن الشافعى أنه إنما يفسد إحرامه فى جميع ذلك إذا أنزل واعتبره بالصوم .

(فصـــل)

قدم النوع السابق على هذا لأنه كالمقدمة له ، إذ الطيب وإزالة الشعر والظفر مهيجات للشهوة لما تعطيه من الراحة والزينة (قوله ولا فرق بين ما إذا أنزل أو لم ينزل) مخالف لما صحح فى الجامع الصغير لقاضيخان من اشتراط الإنزال . قال : ليكون جماعا من وجه ، موافق لما فى المبسوط حيث قال : وكذلك إذا لم ينزل : يعنى يجب الدم عندنا خلافا للشافعى فى قول قياسا على الصوم فإنه لا يلزمه شىء إذا لم ينزل بالتقبيل ، لكنا نقول : الجماع فيما دون الفرج من جملة الرفث فكان منهيا عنه بسبب الإحرام ، وبالإقدام عليه يصير مرتكبا محظور إحرامه اهـ . وقد يقال : إن كان الإلزام للنهى فليس كل نهى يوجب كالرفث ، وإن كان للرفث فكذلك إذ أصله الكلام فى الجماع بحضرتهن وليس ذلك موجبا شيئا (قوله فى جميع ذلك) ظاهره إرادة المس بشهوة والقبلة بشهوة والجماع فيما دون الفرج ، والمفاد حينئذ بالتركيب المذكور : أعنى قوله إنما يفسد إحرامه فى جميع ذلك إذا أنزل أنه إذا أنزل يفسد إحرامه وإذا لم ينزل لم يلزمه دم ؛ وهذا لأنه لو أريد مجرد معنى الجملة الأوّل وهو إذا أنزل يفسد كان لفظ

(فصـــل)

قدم جناية الطيب ونحوها على جناية الجماع ودواعيه ، لأن الطيب واللبس كالوسيلة للجماع والوسائل تقدم ، ولهذا قدم فى هذا الفصل ذكر دواعى الجماع عليه (فإن نظر) المحرم (إلى فرج امرأته) أى إلى داخل فرجها وهو موضع البكارة ، وإنما يتحقق ذلك عند كونها متكئة (بشهوة فأمنى) أى أنزل المنىّ (لاشىء عليه) من الكفارة (لأن المحرّم هو الجماع) وهو قضاء الشهوة على سبيل الاجتماع صورة وهو الإيلاج ومعنى وهو الإنزال (ولم يوجد) ذلك (فصار كما لو تفكر فأمنى) فإنه لا يجب عليه شىء لما قلنا (فإن قبل أو لمس بشهوة فعليه دم) سواء أنزل أو لم ينزل على رواية الأصل (وفى الجامع الصغير) شرط الإنزال حيث قال (إذا مس بشهوة فأمنى) ولهذا ذكر رواة الجامع الصغير (وكذا الجواب فى الجماع فيما دون الفرج) من الإدخال بين الفخذين والسرّة فإن الفرج يراد به القبل والدبر فما دونه يكون ماذكرناه . (و) روى (عن الشافعى رحمه الله أنه إذا أنزل فسد إحرامه فى جميع ذلك) يعنى التقبيل بشهوة والمس بشهوة والجماع فيما دون الفرج (واعتبر ذلك بالصوم)

(فصل) فإن نظر إلى فرج امرأته

(قال المصنف : وعن الشافعى أنه إنما يفسد إحرامه) أقول : يعنى لاحكم فى تلك الصور إلا الفساد بالإنزال ، فيفيد مجموع الأمرين من الفساد بالإنزال ، وعدم وجوب شىء عند عدم الإنزال ، ويظهر أن كلمة إنما فى موقعها (قوله وروى عن الشافعى أنه إذا أنزل الخ)

ولنا أن فساد الحج يتعلق بالجماع ولهذا لا يفسد بسائر المحظورات وهذا ليس بجماع مقصود فلا يتعلق به ما يتعلق بالجماع إلا أن فيه معنى الاستمتاع والارتفاق بالمرأة وذلك محظور الإحرام فيلزمه الدم بخلاف الصوم : لأن المحرّم فيه قضاء الشهوة ولا يحصل بدون الإنزال فيما دون الفرج

إنما لغوا ، إذ هذا المعنى ثابت مع الاقتصار على قوله وقال الشافعي يفسد فى جميع ذلك إذا أنزل ، فالمعنى ماذكرنا . وتحقيقه أنه قصر الصور المذكورة على حكم هو الفساد إذا أنزل . وفيه تقديم وتأخير ، والأصل إنما فى جميع تلك الصور فساد الإحرام بالإنزال . وهو معنى قولنا : لاحكم فيها إلا الفساد بالإنزال . فيفيد مجموع الأمرين من الفساد بالإنزال . وعدم وجوب شيء عند عدم الإنزال لأنه لم يجعل فيها حكما سوى ماذكر ، ثم مذهب الشافعي هو مجموع الأمرين فى قول بالصوم صالح لإثباتهما معا فيحمل عليه . وعادتهم نصب الخلاف باعتبار قول ثم قصد المصنف اتباع مافى المبسوط . والذى فيه ماعلمت من قوله خلافا للشافعي فى قول قياسا على الصوم فإنه لايلزمه شيء إذا لم ينزل . ثم ذكر المصنف الفرق الذى ذكره . وعلى المصنف على هذا أن يتعرض فى تقرير المذهب للطرفين ويمكن تحميله لكلامه . فالتعرض للأول بقوله (ولنا أن فساد الإحرام يتعلق بالجماع) يعنى إنما يتعلق به ثم استدل على هذا بعدم فساد شيء من المحظورات بقوله (ولهذا لايفسد بسائر المحظورات) وتفصيله أن المعلوم أن سائرها لايفسد بمباشرتها الإحرام . والنص ورد به فى الجماع بصورته ، فإنه صلى الله عليه وسلم إنما سئل عن الجماع ومطلقه ينصرف إلى ماهو بالصورة الخاصة فيتعلق الجواب بالفساد بحقيقته ، ولولا ذلك النص لم نقل بأن الجماع أيضا مفسد . ولأن أقصى مايجب فى الحج القضاء وفى الصوم الكفارة فكانا متوازيين . والكفارة فى الصوم لاتجب بالإنزال مع المس . فكذا قضاء الحج ، وعدم وجوب القضاء حكم عدم الفساد فيثبت عدمه وهو المطلوب . والتعرض للثانى بقوله (إلا أن فيه معنى الاستمتاع الخ) وجهه أن مرجع ضمير فيه لفظ جميع ذلك ، والمراد به ماقلنا من المس بشهوة والتقبيل والجماع فيما دون الفرج لابقيد الإنزال كما يفيده لفظ النهاية ، وإلا لم يكن لقوله بعد ذلك إذا أنزل معنى ، وكان ينحل إلى قولنا فى المس بشهوة مع الإنزال إذا أنزل . فالحاصل من العبارة إلى قوله فيما دون الفرج إلا أن فى المس بشهوة والتقبيل والوطء فيما دون الفرج استمتاعا بالمرأة أعم من كونه مع إنزال أولا وذلك محظور إحرامه فيلزم الدم ، بخلاف الصوم الذى قست عليه عدم لزوم شيء إذا لم ينزل والفساد إذا أنزل ، لأن المحرم فيه قضاء الشهوة فلا يحصل المحرم فيه فيما دون الفرج إلا بالإنزال . ثم إنما يفسد عنده لأن تحريمه بسبب كونه تفويتا للركن الذى هو الكف عن قضاء الشهوة من المرأة وقبله لم يوجد محرم أصلا . بل الثابت فعل مكروه فلا يجب شيئا بخلاف مانحن فيه فإن بالاستمتاع

فإنه إنما يفسد بهذه الأشياء إذا أنزل لأنه مواقعة معنى (ولنا) على أن الإحرام لايفسد وأن الإنزال ليس بشرط لوجوب الكفارة فى هذه الصور (أن فساد الحج يتعلق بالجماع لأنه لايفسد بغيره من المحظورات) بالإجماع (وهذا ليس بجماع) فلا يتعلق به فساد الحج إلا أن فيه معنى الاستمتاع والارتفاق بالمرأة وذلك من محظورات الإحرام ، لما تقدم أن دواعى الجماع ملحقة به (فيلزمه الدم) وقوله (بخلاف الصوم) جواب عن اعتباره بالصوم (لأن المحرّم فيه قضاء الشهوة) حيث كان ركنه الكف عنها وقضاؤها بدون الإنزال فيما دون الفرج لايتحقق

أقول على شرحه تكون كلمة إنما فى كلام المصنف زائدة كما لايخفى (قال المصنف : فلا يحصل بدون الإنزال فيما دون الفرج) أقول : أما فى الفرج فيحصل بدونه

(وإن جامع فى أحد السبيلين قبل الوقوف بعرفة فسد حجه وعليه شاة ، ويمضى فى الحج كما يمضى من لم يفسده وعليه القضاء) والأصل فيه ماروى « أن رسول الله عليه الصلاة والسلام سئل عمن واقع امرأته وهما محرمان بالحج قال : يريقان دما ويمضيان فى حجتهما وعليهما الحج من قابل »

بلا إنزال يحصل محظور الإحرام فيستعقب الجزاء ، ومع الإنزال يثبت الفساد بالنص (قوله فسد حجه وعليه شاة) وكذا إذا تعدد الجماع فى مجلس واحد لامرأة أو نسوة ، والوطء فى الدبر كهو فى القبل عندهما ، وإحدى الروايتين عن أبى حنيفة ، وفى أخرى عنه : لايتعلق به فساد والأول أصح ، فإن جامع فى مجلس آخر قبل الوقوف ولم يقصد به رفض الحجة الفاسدة لزمه دم آخر عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، ولو نوى بالجماع الثانى رفض الفاسدة لايلزمه بالثانى شىء كذا فى خزانة الأكمل وقاضيخان . وقدمنا من المبسوط قريبا لزوم تعدد الموجب لتعدد المجالس عندهما من غير هذا القيد . وقال محمد : يلزمه كفارة واحدة إلا أن يكون كفر عن الأولى فيلزمه أخرى ، والحق اعتباره على أن تصير الجنايات المتعددة بعده متحدة ، فإنه نص فى ظاهر الرواية على أن المحرم إذا جامع النساء ورفض إحرامه وأقام يصنع مايصنعه الحلال من الجماع وقتل الصيد فعليه أن يعود حراما كما كان . قال فى المبسوط : لأن بإفساد الإحرام لم يصر خارجا عنه قبل الأعمال ، وكذا بنية الرفض وارتكاب المحظورات فهو محرم على حاله إلا أن عليه بجميع ماصنع دما واحدا لما بينا أن ارتكاب المحظورات استند إلى قصد واحد وهو تعجيل الإحلال فيكفيه لذلك دم واحد اهـ . فكذا لو تعدد جماع بعد الأول لقصد الرفض فيه دم واحد . وما يلزم به الفساد والدم على الرجل يلزم مثله على المرأة ، وإن كانت مكرهة أو ناسية إنما ينتفى بذلك الإثم . ولو كان الزوج صبيا يجامع مثله فسد حجها دونه ، ولو كانت هى الصبية أو مجنونة انعكس الحكم . ولو جامع بهيمة وأنزل لم يفسد حجه وعليه دم ، وإن لم ينزل فلا شىء عليه ، والاستمناء بالكف على هذا . ثم إذا كانت مكرهة حتى فسد حجها ولزمها دم هل ترجع على الزوج ؟ عن ابن شجاع لا . وعن القاضى أبى خازم نعم . والقارن إذا جامع قبل الوقوف وقبل أن يطوف لعمرته أربعة أشواط فسد حجه وعمرته وعليه أن يمضى فيهما ويتمهما على الفساد وشاتان وقضاؤهما ، فلو جامع بعد ما طاف لعمرته أربعة أشواط فسد حجه دون عمرته ، وإذا فسد الحج سقط دم القران لأنه لم يجتمع له نسكان صحيحان . وعليه دمان لفساد الحج وللجماع فى إحرام العمرة لأنه باق فيقضى الحج فقط ، ولذا لو أحرم بعمرة فأفسدها ثم أهل بحجة ليس بقارن لهذا (قوله والأصل الخ) روى أبو داود فى المراسيل عن يحيى بن أبى كثير : حدثنا يزيد بن نعيم أو زيد بن نعيم شك فيه أبو توبة « أن رجلا من جذام جامع امرأته وهما محرمان ، فسأل الرجل النبى صلى الله عليه وسلم فقال : اقضيا حجكما وأهديا هديا » قال ابن القطان : لايصح فإن زيد بن نعيم مجهول . ويزيد بن نعيم بن هزال ثقة . وقد شك أبو توبة فى أيهما حدثه به اهـ . قلنا : قد رواه البيهقى وقال : إنه منقطع ، وهو يزيد بن نعيم بلا شك . وقوله منقطع بناء على الاختلاف فى سماع يزيد هذا من جابر بن عبد الله وفى صحبة أبيه فإنه سمع من أبيه . واختلف فى صحبة أبيه ؛ فمن قال إنه صحابى وإنه سمع من جابر جعله مرسلا وعليه مشى أبو داود ، فإنه أورد هذا الحديث فى المراسيل

(وإن جامع فى أحد السبيلين قبل الوقوف بعرفة فسد حجه وعليه شاة ويمضى فى الحج) بأداء أفعاله (كما يمضى من لم يفسد حجه . والأصل فيه ماروى « أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عمن واقع امرأته وهما محرمان بالحج قال يريقان دما ويمضيان فى حجتهما وعليهما الحج من قابل ») ولا فرق فى ذلك بين أن يكون عامدا أو ناسيا أو هى

وهكذا نقل عن جماعة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم . وقال الشافعي رحمه الله : تجب بدنة اعتبارا بما لو جامع بعد الوقوف ، والحجة عليه إطلاق ما روينا . ولأن القضاء لما وجب ولا يجب إلا لاستدراك المصلحة خف معنى الجناية فيكتفى بالشاة بخلاف مابعد الوقوف لأنه لاقضاء . ثم سوى بين السبيلين . وعن أبي حنيفة رحمه الله أن فى غير القبل منهما لا يفسد لتقاصر معنى الوطء فكان عنه روايتان (وليس عليه أن يفارق امرأته فى قضاء ماأفسداه)

ومن قال لم يسمع من جابر وليس لأبيه صحبة يجعله منقطعا فإنه لم يعلم سماعه من صحابي آخر . وليس فى سند أبي داود انقطاع . فإنه رواه عن أبي توبة الربيع بن نافع عن معاوية بن سلام عن يحيى بن أبي كثير قال : أخبرني يزيد ابن نعيم أو زيد بن نعيم . وهذا سند متصل كله ثقات بتقدير يزيد ، ولا شك فيه فى طريق البيهقى فيحصل اتصاله وإرساله ، وهو حجة عندنا وعند أكثر أهل العلم. وروى ابن وهب بسند فيه ابن لهيعة عن يزيد بن أبي حبيب وأن رجلا من جذام الحديث ، وفيه : حتى إذا كنتما فى المكان الذى أصبتما فيه ما أصبتما فأحرما وتفرقا » الحديث إلى أن قال : وأهديا . وضعف بابن لهيعة . ويشد المرسل والمذكور منه ما سوى الزيادة . وروى بالزيادة عن جماعة من الصحابة فى مسند ابن أبي شيبة إلى من سأل مجاهدا عن المحرم يواقع امرأته فقال : كان ذلك على عهد عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال : يقضيان حجهما ثم يرجعان حلالين ، فإذا كان من قابل حجا وأهديا وتفرقا من المكان الذى أصابها فيه . وروى الدارقطنى عن ابن عمر رضى الله عنهما قال فيه : بطل حجه ، قال له السائل فيقعد ؟ قال لا ، بل يخرج مع الناس فيصنع ما يصنعون ، فإذا أدركه من قابل حج وأهدى . ووافقه على هذا ابن عباس وعبد الله ابن عمرو بن العاص ، وصحح البيهقى إسناده عنهم . وفى موطإ مالك من بلاغاته عن على وعمر وأبي هريرة رضى الله عنهم نحوه ، إلا أن عليا قال فيه : يفترقان حتى يقضيا حجهما (قوله اعتبارا بما لو جامع بعد الوقوف) بل أولى لأن الجماع قبله فى مطلق الإحرام بخلافه بعده (قوله والحجة عليه ما رويناه) يعنى لفظ الشاة ، وعلى

نائمة أو مكرهة (وهكذا) يعنى مثل ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم (نقل عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم . وقال الشافعي رحمه الله : تجب بدنة كما لو جامع بعد الوقوف) والجامع تغلظ الجناية (والحجة عليه إطلاق ماروينا) وهو قوله عليه الصلاة والسلام « يريقان دما » ذكره مطلقا ، فيتناول الشاة لأنه متيقن . فإن قيل : المطلق ينصرف إلى الكامل والجزور كامل فينصرف إليه . فالجواب أن المطلق ينصرف إلى الكامل إذا لم يكن مايمنعه . وهو ههنا موجود لأن الجماع قبل الوقوف لما كان سببا للقضاء خف معنى الجناية لاستدراك المصلحة الفائتة بالقضاء ، فلو أوجبنا البدنة لزم إيجاب الجزاء الغليظ فى مقابلة جناية خفيفة وهو خلاف مقتضى الحكمة . بخلاف ما إذا كان بعد الوقوف فإن الجناية لم تخف لعدم وجوب القضاء . فإيجاب البدنة فى مقابلتها على مقتضى الحكمة ، وإلى هذا أشار المصنف رحمه الله بقوله : ولأن القضاء لما وجب الخ (وعن أبي حنيفة رحمه الله أن الجماع فى غير القبل منهما) أى من السبيلين . وقيل من الرجل والمرأة (لا يفسده لتقاصر معنى الوطء) ولهذا لم يوجب الحد ولا يجب المهر بالإجماع . وفى رواية : يفسده لأنه كامل من حيث إنه ارتفاق . وعندهما يفسده لأنه يوجب الحد . وقوله (وليس عليه أن يفارق امرأته) الأصل فيه أن الصحابة رضى الله عنهم قالوا : إذا رجعا للقضاء يفترقان ،

(قوله فإن قيل المطلق ينصرف إلى الكامل) أقول : وفى فتح القدير : الواجب انصراف المطلق إلى الكامل فى الماهية لا إلى الأكمل ، وماهية الهدى كاملة فى الشاة ، بخلاف السمك بالنسبة إلى لفظ اللحم فإن ماهية اللحم ناقصة فيه على ما ستعرف (قوله لأن الجماع قبل الوقوف الخ) أقول : فعلى هذا يكون الوجه الثانى من تتمة الأول وينتفى استقلال كل منهما.

عندنا خلافا لمالك رحمه الله إذا خرجا من بيتهما . ولزفر رحمه الله إذا أحرما . وللشافعي رحمه الله : إذا انتهيا إلى المكان الذى جامعها فيه . لهم أنهما يتذاكران ذلك فيقعان فى المواقعة فيفترقان. ولنا أن الجامع بينهما وهو النكاح قائم فلا معنى للافتراق قبل الإحرام لإباحة الوقاع ولا بعده لأنهما يتذاكران مالحقهما من المشقة الشديدة بسبب لذة يسيرة فيزدادان ندما وتحرزا فلا معنى للافتراق (ومن جامع بعد الوقوف بعرفة لم يفسد حجه وعليه بدنة) خلافا للشافعي فيما إذا جامع قبل الرمى لقوله صلى الله عليه وسلم « من وقف بعرفة فقد تم حجه »

ماخرّجنا إطلاق لفظ الهدى وهو يصدق بالتناول على الشاة كان فى البدنة أكمل ، والواجب انصراف المطلق إلى الكامل فى الماهية لا إلى الأكمل ، وماهية الهدى كاملة فيها ، بخلاف السمك بالنسبة إلى لفظ اللحم فإن ماهية اللحم ناقصة فيه على ماستعرف إن شاء الله تعالى ، ثم بين المقامين فرق ، وهو وجوب القضاء فإنه لايجب إلا ليقوم مقام الأول وهو معنى استدراك المصلحة ، فبعد قيامه مقامه لم يبق إلا جزاء تعجيل الإحلال ، ويكفى فيه الشاة كالمحصر ، بل أولى لأن الإحلال لم يتم بالجماع ولهذا يمضى فيه ، ولا يحل إلا مع الناس غير أنه أخر المعتد به إلى قابل ثم لاتجب عمرة لعدم فوات حجه بخلاف المحصر (قوله فلا معنى للافتراق) وهذا لأن الافتراق ليس بنسك فى الأداء فكذا فى القضاء ، فلم يكن أمر من روى عنه من الصحابة الأمر بالافتراق أمر إيجاب بل أمر ندب مخافة الوقوع لظهور أنه لايصبر أحدهما عن الآخر لما ظهر منهما فى الإحرام الأول فكان كالشاب فى حق القبلة فى الصوم لا لأنهما يتذاكران فيقعان لأنه معارض بأنهما يتذاكران فلا يقعان لتذكرهما ماحصل لهما من المشقة للذة يسيرة ، ونحن نقول باستحباب الافتراق لذلك (قوله ومن جامع بعد الوقوف بعرفة) يعنى قبل الحلق لأنه سيذكر أن الجماع بعد الحلق فيه شاة . هذا والعبد إذا جامع مضى فيه وعليه هدى وحجة إذا أعتق سوى حجة الإسلام ، وكل مايجب فيه المال يؤاخذ به بعد عتقه ، بخلاف مافيه الصوم فإنه يؤاخذ به للحال ، ولا يجوز إطعام المولى عنه إلا فى الإحصار ، فإن المولى يبعث عنه ليحل هو فإذا أعتق فعليه حجة وعمرة (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام « من وقف بعرفة فقد تم حجه ») تقدم هذا الحديث . وتقدم أنه عليه الصلاة والسلام غلق

معناه يأخذ كل واحد منهما فى طريق غير طريق صاحبه . فمالك رحمه الله أخذ بظاهر هذا اللفظ فقال : كما خرجا من بيتهما فعليهما أن يفترقا . وقال زفر رحمه الله : يفترقان من وقت الإحرام لأن الافتراق نسك بقول الصحابة رضى الله عنهم ، ووقت أداء النسك بعد الإحرام ، وهذا المعنى ليس بشىء لأن القضاء يحكى الأداء ، فما لم يكن نسكا فى الأداء لايكون نسكا فى القضاء ، وقال الشافعي رحمه الله : إذا قربا من المكان الذى جامعها فيه يفترقان لأنهما لايأمنان إذا وصلا إلى ذلك الموضع أن تهيج بهما الشهوة فيواقعها . والمصنف رحمه الله ذكر دليلنا على وجه هو دافع لأقوالهم وهو واضح ، ونقول : مراد الصحابة رضى الله عنهم أنهما يفترقان على سبيل الندب إن خافا على أنفسهما الفتنة . كما يندب للشاب الامتناع عن التقبيل فى حالة الصوم إذا كان لايأمن على نفسه ماسواه (ومن جامع بعد الوقوف بعرفة لم يفسد حجه وعليه بدنة خلافا للشافعي رحمه الله فيما إذا جامع قبل رمى جمرة العقبة) فإن حجه يفسد لأن إحرامه قبل الرمى مطلق ، أى كامل حيث لايحل له شىء مما هو حرام على المحرم ، والجماع فى الإحرام المطلق مفسد للحج كما إذا كان قبل الوقوف ، بخلاف مابعد الرمى فإنه قد جاء أوان التحلل وحل له الحلق الذى كان حراما على المحرم . وقوله (لقوله عليه الصلاة والسلام) دليلنا . ووجه ذلك أنه صلى الله عليه وسلم قال « من وقف بعرفة فقد تم حجه » وليس المراد به التمام من حيث أداء الأفعال بالاتفاق لبقاء

وإنما تجب البدنة لقول ابن عباس رضى الله عنهما أو لأنه أعلى أنواع الارتفاق فيتغلظ موجبه (وإن جامع بعد الحلق فعليه شاة) لبقاء إحرامه فى حق النساء دون لبس المخيط وما أشبهه فخفت الجناية فاكتفى بالشاة (ومن جامع فى العمرة قبل أن يطوف أربعة أشواط فسدت عمرته فيمضى فيها ويقضيها وعليه شاة . وإذا جامع بعد ما طاف أربعة أشواط أو أكثر فعليه شاة ولا تفسد عمرته)

التمام بالوقوف بعرفة والمزدلفة على ما أسلفناه . ثم لا شك أن ليس التمام باعتبار عدم بقاء شىء عليه فهو باعتبار أمن الفساد والفوات . وإنما أوجبنا البدنة بما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما « أنه سئل عن رجل وقع بأهله وهو بمنى قبل أن يفيض فأمره أن ينحر بدنة» . رواه مالك فى الموطإ عن أبى الزبير المكى عن عطاء بن أبى رباح عنه . وأسنده ابن أبى شيبة عن عطاء أيضا قال : سئل ابن عباس رضى الله عنهما عن رجل قضى المناسك كلها غير أنه لم يزر البيت حتى وقع على امرأته ، قال : عليه بدنة . ولأنه لاقضاء هنا ليخف أثر الجناية بجبر القضاء بخلاف ماقبل الوقوف ؛ وهو أرجح مما عن ابن عمر مما أخرجه ابن أبى شيبة عنه : جاء رجل إليه فقال : يا أبا عبد الرحمن إنى رجل جاهل بالسنة بعيد الشقة قليل ذات اليد ، قضيت المناسك كلها غير أنى لم أزر البيت حتى وقعت على امرأتى ، فقال : عليك بدنة وحج من قابل فإنه متروك بعضه ، وقال عليه الصلاة والسلام « من وقف بعرفة فقد تم حجه » بخلاف قول ابن عباس هذا . ولو جامع مرة ثانية فعلى كل واحد شاة مع البدنة لأنه وقع فى حرمة مهتوكة فصادف إحراما ناقصا فيجب الدم . ولو جامع القارن بعد الوقوف لزمه بدنة لحجته وشاة لعمرته (قوله وإن جامع بعد الحلق فعليه شاة) مالم يكن جامع بعد ما طاف أربعة أشواط من طواف الزيارة فلا شىء عليه ،

بعض الأركان ، فكان المراد به التمام من حيث إنه يأمن من الفساد بعده لتأكد حجه بالوقوف . ألا ترى أنه يأمن الفوات بعد الوقوف ، فكما يثبت حكم التأكد فى الأمن عن الفوات كذلك يثبت فى الأمن عن الفساد . فإن قيل : لو كان كذلك لما وجبت البدنة لأن الشىء بعد تمامه لايقبل الجناية فلا يقتضى جزاء . أجاب بقوله (وإنما تجب البدنة لقول ابن عباس رضى الله عنهما) وهو ما روى عنه أنه قال : إذا جامع قبل الوقوف بعرفة فسد نسكه وعليه دم ، وإذا جامع بعد الوقوف فحجته تامة وعليه بدنة . وروى أنه قال : لاتجب البدنة فى الحج إلا فى موضعين : من جامع بعد الوقوف بعرفة ، ومن طاف طواف الزيارة جنبا أو لم يعرف له مخالف فحل محل الإجماع . وقيل : مثله لامدخل للرأى فيه فكان مسموعا . وقوله (أو لأنه) قيل إنما ذكر بكلمة أو لكون أثر ابن عباس رضى الله عنهما غير مشهور فأتى بها ليكون متمسكا بأحدهما ، وفيه نظر لأن المطلوب إثبات الوجوب وهو يثبت بخبر الواحد لايتوقف على الاشتهار ، ولعله أتى بأحد الجائزين فلا يسأل عن كميته . وتقريره أن الجماع أعلى الارتفاقات لوفور لذته وكل ما كان كذلك يتغلظ موجبه لوجوب التطابق بين الموجب والموجب بمقتضى الحكمة . قوله (وإن جامع بعد الحلق فعليه شاة) ظاهر . وقوله (ومن جامع فى العمرة) بيان الجناية على إحرام العمرة وهو واضح ، لكن يتوهم منه تفضيل طواف العمرة على طواف الزيارة فإنه إذا جامع بعد ما طاف لطواف الزيارة

(قوله قيل إنما ذكر بكلمة أو لكون أثر ابن عباس رضى الله عنهما غير مشهور الخ) أقول : فيه أن المستفاد من تلك الكلمة جواز التمسك بأثره مستقلا كما لايخفى (قوله وهو يثبت بخبر الواحد لايتوقف على الاشتهار) أقول : وهذا مبنى على الوجه الثانى من وجهى الاستدلال بأثره ، وأما على الوجه الأول فلا حاجة إليه ، فإنه إذا حل محل الإجماع يكون من قبيل المشهور

وقال الشافعي : تفسد في الوجهين وعليه بدنة اعتبارا بالحج إذ هي فرض عنده كالحج . ولنا أنها سنة فكانت أحط رتبة منه فتجب الشاة فيها والبدنة في الحج إظهارا للتفاوت (ومن جامع ناسيا كان كمن جامع متعمدا) وقال الشافعي رحمه الله : جماع الناسي غير مفسد للحج . وكذا الخلاف في جماع النائمة والمكرهة . هو يقول :

ولو كان لم يحلق حتى طاف للزيارة أربعة أشواط ثم جامع كان عليه الدم . وذكر في الغاية معزيا إلى المبسوط والبدائع والإسبيجابي : لو جامع القارن أول مرة بعد الحلق قبل طواف الزيارة فعليه بدنة للحج وشاة للعمرة ، لأن القارن يتحلل من إحرامين بالحلق إلا في حق النساء فهو محرم بهما في حقهن ، وهذا مخالف لما ذكره في الكتاب وشروح القدوري ، فإنهم يوجبون على الحاج شاة بعد الحلق . وذكر فيها أيضا معزيا إلى الوبرى في هذه المسألة إنما عليه بدنة للحج ولا شيء للعمرة لأنه خرج من إحرامها بالحلق وبقي في إحرام الحج في حق النساء ، واستشكله شارح الكنز لأنه إذا بقي محرما بالحج فكذا في العمرة . والذي يظهر أن الصواب ما في الوبرى لأن إحرام العمرة لم يعهد بحيث يتحلل منه بالحلق في غير النساء ويبقى في حقهن ؛ بل إذا حلق بعد أفعالها حل بالنسبة إلى كل ماحرم عليه ، وإنما عهد ذلك في إحرام الحج ، فإذا ضم إلى إحرام الحج إحرام العمرة استمر كل على ماعهد له في الشرع ، إذ لا يزيد القران على ذلك الضم فينطوى بالحلق إحرام العمرة بالكلية فلا يكون له موجب بسبب الوطء بل الحج فقط . ثم يجب النظر في الترجيح بين قول من قال بوجوب الشاة أو البدنة ، وقول موجب البدنة أوجه لأن إيجابها لينلس إلا بقول ابن عباس ، والمروى عنه ظاهر فيما بعد الحلق فارجع إليه وتأمله ، ثم المعنى يساعده ، وذلك أن وجوبها قبل الحلق ليس إلا للجناية على الإحرام ، ومعلوم أن الوطء ليس جناية عليه إلا باعتبار تحريمه له لا لاعتبار تحريمه لغيره ، فليس الطيب جناية على الإحرام باعتبار تحريمه الجماع أو الحلق بل باعتبار تحريمه للطيب ، وكذا كل جناية على الإحرام ليست جناية عليه إلا باعتبار تحريمه لها لا لغيرها ، فيجب أن يستوى ماقبل الحلق وما بعده في حق الوطء لأن الذي به كان جناية قبله بعينه ثابت بعده ، والزائل لم يكن الوطء جناية باعتباره ، لاجرم أن المذكور في ظاهر الرواية إطلاق لزوم البدنة بعد الوقوف من غير تفصيل بين كونه قبل الحلق أو بعده

أربعة أشواط لم يجب عليه شيء ، وإن فعل ذلك في طواف العمرة فعليه شاة كما ذكر في الكتاب . وأجيب بأن ذلك ليس من حيث التفضيل بل من حيث محل الجناية ، وذلك لأن طواف الزيارة على الوجه المسنون في الترتيب إنما يؤتى به بعد التحلل بالحلق أو التقصير . غاية ما في الباب أن حكمه تأخر في حق النساء لمعنى وهو وقوع الركن في الإحرام فقام أكثر أشواطه مقام كله ، بخلاف العمرة فإن طوافها قبل التحلل ، فكان ارتكاب المحظور في محض الإحرام فيجب الدم ولهذا قلنا « إن لم يحلق قبل طواف الزيارة وجامع بعد ماطاف لها أربعة أشواط وجب عليه الدم كما في طواف العمرة لذلك . وقوله (وقال الشافعي رحمه الله : تفسد في الوجهين) أي فيما إذا جامع قبل أن يطوف أربعة أشواط وبعده لأنهما سيان في إفساد الحج عنده فكذلك في العمرة لأنها عنده فريضة كالحج . وقوله (وقال الشافعي : جماع الناسي غير مفسد للحج) لو قال للإحرام كان أشمل ليتناول العمرة ، جعل النسيان غير مؤثر في فساده كما في الصوم ، وجعل الإكراه والنوم كالنسيان بناء على أن الإكراه لما أباح الإقدام وأعدم أصل الفعل

(قوله وجعل الإكراه والنوم كالنسيان الخ) أقول : كان المناسب لمساق كلامه أن يبين وجه إلحاق الإكراه بالنسيان ولم يفعل .

الحظر ينعدم بهذه العوارض فلم يقع الفعل جناية . ولنا أن الفساد باعتبار معنى الارتفاق فى الإحرام ارتفاقا مخصوصا، وهذا لا ينعدم بهذه العوارض ؛ والحج ليس فى معنى الصوم لأن حالات الإحرام مذكرة بمنزلة حالات الصلاة بخلاف الصوم ، والله أعلم .

(فصل)

(ومن طاف طواف القدوم محدثا فعليه صدقة) وقال الشافعى رحمه الله :

ثم ذكر فيها أيضا فقال : وإذا طاف أربعة أشواط من طواف الزيارة وقد قصر ثم جامع فليس عليه شىء ، وإن لم يكن قصر فعليه دم . فمن هنا والله أعلم أخذ التفصيل من أخذه إن كان إذ خف الموجب بعد وجود أحدهما بعد الوقوف . ولقائل أن يستشكله بأن الطواف قبل الحلق لم يخل به من شىء فكان ينبغى أن يجب الجزور . وإن كان سؤال ابن عباس وفتواه به إنما كان فيمن لم يطف للعلم بأن فتواه بذلك لوقوع الجناية على إحرام أمن فساده . ولو كان قارنا : أعنى الذى طاف للزيارة قبل الحلق ثم جامع قال فى البدائع : عليه شاتان لبقاء الإحرام لهما جميعا. وروى ابن سماعة عن محمد فى الرقيات فيمن طاف للزيارة جنبا ثم جامع قبل الإعادة . قال محمد : أما فى القياس فليس عليه شىء . ولكن أبا حنيفة استحسن فيما إذا طاف جنبا ثم جامع ثم أعاد طاهرا أن يوجب عليه دما ، وكذلك قول أبى يوسف رحمه الله . وجه القياس أن الجماع وقع بعد التحلل لما عرف من أن الطهارة ليست بشرط لصحة الطواف . وجه الاستحسان أن بالإعادة طاهرا ينفسخ الطواف الأول عند بعض مشايخ العراق ، ويصير طوافه المعتبر هو الثانى لأن الجنابة توجب نقصانا فاحشا فيتبين أن الجماع كان قبل الطواف فيوجب الكفارة ، بخلاف ما إذا طاف على غير وضوء : يعنى ثم جامع ثم أعاده متوضئا لا شىء عليه لأن النقصان يسير فلم ينفسخ الأول فيقع جماعه بعد التحلل ؛ كذا فى البدائع وفيه تأمل ، فإن الانفساخ إن قال به بعض المشايخ فقد قال آخرون بعدمه وصحح فلم يلزم ، وعلى تقديره فوقوعه شرعا قبل التحلل إنما موجبه البدنة لا مطلق الدم ، اللهم إلا أن يقال : إنه قبله من وجه دون وجه ، وسنوجه عدم الانفساخ إن شاء الله تعالى .

(فصـــل)

(قوله ومن طاف طواف القدوم محدثا فعليه صدقة) موافق لما فى عامة النسخ وصرح به عن محمد ، ومخالف

مع كونه قاصدا كان النوم أولى لانتفاء القصد ، وإذا انعدم الفعل لم يكن جناية (ولنا أن الفساد باعتبار معنى الارتفاق فى الإحرام ارتفاقا مخصوصا) وهو أن يكون بعين الجماع لقوله تعالى ـ فلا رفث ـ الآية ، والرفث اسم للجماع (وهو لا ينعدم بهذه العوارض والحج ليس فى معنى الصوم) لوجود المذكر وهو حالة الإحرام (بخلاف الصوم) فإنه لا مذكر له .

(فصـــل)

لما فرغ من بيان الجناية على الإحرام ذكر الجناية على الطواف الذى هو بعد الإحرام فى فصل على حدة قوله (ومن طاف طواف القدوم محدثا) طواف القدوم محدثا معتد به عندنا وعليه صدقة (وقال الشافعى رحمه الله :

(فصل) ومن طاف

لايعتد به لقوله صلى الله عليه وسلم « الطواف بالبيت صلاة » إلا أن الله تعالى أباح فيه المنطق فتكون الطهارة من شرطه . ولنا قوله تعالى ـ وليطوّفوا بالبيت العتيق ـ من غير قيد الطهارة فلم تكن فرضا . ثم قيل : هى سنة ، والأصح أنها واجبة لأنه يجب بتركها الجابر ، ولأن الخبر يوجب العمل فيثبت به الوجوب ، فإذا شرع فى هذا الطواف وهو سنة ، يصير واجبا بالشروع ويدخله نقص بترك الطهارة فيجبر بالصدقة إظهارا لدنو رتبته عن الواجب بإيجاب الله وهو طواف الزيارة ، وكذا الحكم فى كل طواف هو تطوع

لما فى مبسوط شيخ الإسلام قال : ليس لطواف التحية محدثا ولا جنبا شىء ، لأنه لو تركه لم يكن عليه شىء فكذا تركه من وجه . والوجهان اللذان أبطل بهما المصنف كون الطهارة سنة : أعنى قوله لأنه يجب بتركها الجابر ، ولأن الخبر يوجب العمل كافلان بإبطاله . ولما استشعر أن يقال على الأول لزوم الجابر مطلقا ممنوع وهو أول المسألة فإنا ننفيه فى غير الطواف الواجب دفعه بتقرير أن كل ترك لايخلو من كونه فى واجب ، فإن التطوّع إذا شرع فيه صار واجبا بالشروع ثم يدخله النقص بترك الطهارة فيه . غاية الأمر أن وجوبه ليس بإيجابه تعالى ابتداء فأظهرنا التفاوت فى الحط من الدم إلى الصدقة فيما إذا طاف محدثا ومن البدنة إلى الشاة إذا طاف جنبا (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام « الطواف بالبيت صلاة ») روى الترمذى عن ابن عباس رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « الطواف بالبيت صلاة إلا أنكم تتكلمون فيه ، فمن تكلم لايتكلم إلا بخير » . وجه الاستدلال أنه تشبيه فى الحكم بدليل الاستثناء من الحكم فى قوله إلا أنكم تتكلمون فيه فمن تكلم ، فكأنه قال هو مثل الصلاة فى حكمها إلا فى جواز الكلام فيصير ماسوى الكلام داخلا فى الصدر ومنه اشتراط الطهارة . واستدل ابن الجوزى

لا يعتد به) ولا يجبر بشىء (لقوله صلى الله عليه وسلم « الطواف بالبيت صلاة ») ووجه الاستدلال أنه صلى الله عليه وسلم شبه الطواف بالصلاة وليس بين ذاتيهما من مشابهة لأن ذات الطواف وهو الدوران مما ينتفى به ذات الصلاة ، فيكون المراد أن حكمه حكم الصلاة ومن حكمها عدم الاعتداد بدون الطهارة (ولنا قوله تعالى ـ وليطوّفوا بالبيت العتيق ـ) ووجه الاستدلال أن الله تعالى أمر بالطواف وهو الدوران حول الكعبة من غير قيد الطهارة فلم يكن فرضا بالآية ، ولا تجوز الزيادة عليه بخبر الواحد لأنها نسخ (ثم قيل هى سنة) وهو قول ابن شجاع (والأصح أنها واجبة) وهو قول أبى بكر الرازى (لأنه يجب بتركها الجابر) وهو إما الدم على ماقال به بعض مشايخ العراق أو الصدقة كما ذكره فى الكتاب وهو مروى عن محمد ، وكل ماكان يجب بتركه جابر فهو واجب (ولأن الخبر يوجب العمل) دون العلم (فيثبت به الوجوب) دون الفرضية . قال (فإذا شرع فى هذا الطواف) دليل على وجوب الصلاة على تقدير كونها سنة ، وذلك لأن الشروع فى النفل ملزم فى الحج بالاتفاق فيصير الطواف واجبا (ويدخله نقص بترك الطهارة فيجبر بالصدقة إظهارا لدنو رتبته عن الواجب بإيجاب الله تعالى وهو طواف الزيارة) وفيه بحث من وجهين : أحدهما أن دخول النقص بتركها على تقدير كونها سنة من حيز النزاع فلا يؤخذ فى الدليل

(قال المصنف : ولنا قوله تعالى ـ وليطوفوا بالبيت العتيق ـ) أقول : المأمور به فى الآية هو طواف الزيارة على ما سبق لاما يعم طواف القدوم فما وجه دلالته على عدم إشتراط الطهارة فى طواف القدوم ؟ والجواب أنه يعلم منه ذلك بطريق الدلالة والأولوية فليتأمل (قوله قال فإذا شرع فى هذا الطواف دليل ، إلى قوله : وفيه بحث من وجهين) أقول : فيه بحث ، بل ما ذكره جواب ماعسى يورد ههنا من أن طواف القدوم سنة لو ترك لايلزم شىء ، فأولى أن لايلزم بترك الطهارة فيه ، وظهر بما ذكرنا أنه لاوجه لما قاله الشارح على تقدير كونها سنة إذ ليس بناء الكلام على مسنونية الطهارة بل على مسنونية الطواف ، ويندفع بحثه الأول فتأمل فإنه كلام واه نشأ عن سهو متناه .

. . . .

بما فى الصحيحين عن عائشة رضى الله عنها « أنها حاضت فقال لها عليه الصلاة والسلام : اقضى ما يقضى الحاج غير أن لاتطوفى بالبيت » فرتب منع الطواف على انتفاء الطهارة . وهذا حكم وسبب . وظاهر أن الحكم يتعلق بالسبب فيكون المنع لعدم الطهارة لا لعدم دخول المسجد للحائض. ولنا فى الجواب عن الأول طريقان : أحدهما ينتظم الجواب عن هذا . وهو تسليم أنه تشبيه فى الحكم لكنه خبر واحد لو لم يلزم نسخه لإطلاق كتاب الله تعالى لثبت به الوجوب لا الافتراض لاستلزامه الإكفار بجحد مقتضاه . وليس ذلك لازم مقتضاه بل لازمه التفسيق به . فكيف ولو ثبت به افتراض الطهارة كان ناسخا له . إذ قوله تعالى - وليطوّفوا - يقتضى الخروج عن عهدته بالدور أن حول البيت مع الطهارة وعدمها . فجعله لايخرج مع عدمها نسخ لإطلاقه وهو لايجوز فرتبنا عليه موجبه من إثبات وجوب الطهارة حتى أثمنا بتركها وألزمنا الجابر . وليس مقتضى خبر الواحد غير هذا لا الاشتراط المفضى إلى نسخ إطلاق كتاب الله تعالى . ويؤيد انتفاء الاشتراط ماذكره الشيخ تقى الدين فى الإمام . روى سعيد ابن منصور : حدثنا أبو عوانة عن أبى بشر عن عطاء قال : حاضت امرأة وهى تطوف مع عائشة أم المؤمنين فأتمت بها عائشة سنة طوافها . وقال روى أحمد بن حنبل : حدثنا محمد بن جعفر عن شعبة قال : سألت حمادا ومنصورا عن الرجل يطوف بالبيت على غير طهارة فلم يروا به بأسا . وقد انتظم ماذكرناه الجواب عما أورده ابن الجوزى . ثانيهما منع ذلك التقرير ، ونقول : بل التشبيه فى الثواب لا فى الأحكام . وقوله إلا أنكم تتكلمون فيه كلام منقطع مستأنف بيان لإباحة الكلام فيه وجب المصير إلى هذا ، لأنه لو كان كما قالوا لكان المشى ممتنعا لدخوله فى الصدر ، وكأن الشيخ رحمه الله استشعر فيه منعا وهو أن يقال : المشى قد علم إخراجه قبل التشبيه فإن الطواف نفس المشى ، فحيث قال صلاة فقد قال المشى الخاص كالصلاة فيكون وجه التشبيه ماسوى المشى فلذا اقتصر على الأول لكن يبقى الانحراف مؤيدا للوجه الثانى . فإن قيل : الأصح هو الأول لأن الوجوب ثابت عندنا ولا بد له من دليل ، وحمله على الوجه الثانى ينفيه ، وما أورده ابن الجوزى ظاهر فيه ، والحديث المذكور يحتمله على الوجه الأول فوجب المصير إليه . ويخص الانحراف أيضا بإجماع المسلمين وباتفاق رواة مناسكه عليه الصلاة والسلام أنه جعل البيت عن يساره حين طاف ، ولاعتباره وجب ستر العورة فى الطواف ، فلو طاف مكشوف العورة لزم الدم إن لم يعده . فالجواب لو كان الأول هو المعتبر لكان مقتضاه وجوب طهارة الثوب والبدن فيه لكنهم صرحوا بعدم وجوبها . وفى البدائع أنها ليست بشرط بالإجماع . فلا يفترض تحصيلها ولا يجب لكنه سنة . حتى لو طاف وعلى ثوبه نجاسة أكثر من قدر الدرهم لايلزمه شىء لكنه يكره اهـ . فيحمل الحديث على أن التشبيه فى الثواب ، ويضاف إيجاب الطهارة عن الحدث إلى ما أورده ابن الجوزى ، وإيجاب ستر العورة إلى قوله عليه

والثانى أنه منقوض بالصلاة النافلة ، فإنه إذا دخلها نقص تنجبر بسجدة السهو كما ينجبر الفرض بها ولم يظهر دنو رتبة النفل عن رتبة الفرض فيها فليكن ههنا أيضا كذلك . والجواب عن الأول أن ترك السنة يوجب نقصا وينجبر بالكفارة . ألا ترى أن من أفاض من عرفات قبل الإمام وجب عليه دم . قال محمد رحمه الله لأنه ترك سنة الدفع . وعن الثانى بأن الشرع جعل الجابر فى الصلاة نوعا واحدا فلا مصير إلى غيره وفى الحج جعله متنوعا فأمكن المصير إلى ماتبين به رتبة النفل عن الفرض ، وهذا كله على رواية القدورى اختارها المصنف ، وأما على ماذكره الطحاوى وشيخ الإسلام أنه إذا طاف طواف التحية محدثا فلا شىء عليه لأنه لو تركه أصلا لم يجب عليه

(ولو طاف طواف الزيارة محدثا فعليه شاة) لأنه أدخل النقص فى الركن فكان أفحش من الأول فيجبر بالدم (وإن كان جنبا فعليه بدنة) كذا روى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما ، ولأن الجنابة أغلظ من الحدث فيجب جبر نقصانها بالبدنة إظهارا للتفاوت ، وكذا إذا طاف أكثره جنبا أو محدثا ، لأن أكثر الشيء له حكم كله (والأفضل أن يعيد الطواف مادام بمكة ولا ذبح عليه) وفى بعض النسخ : وعليه أن يعيد .

الصلاة والسلام « ألا لايحجن بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان » قال محمد رحمه الله : ومن طاف تطوعا على شيء من هذه الوجوه فأحب إلينا إن كان بمكة أن يعيد الطواف ، وإن كان قد رجع إلى أهله فعليه صدقة سوى الذى طاف وعلى ثوبه نجاسة . هذا وما ذكر فى بعض النسخ من أن فى نجاسة البدن كله الدم لا أصل له فى الرواية . والله أعلم . وقد يقال : فلم لم تلحق الطهارة عن النجس بالطهارة عن الحدث وهو الأصل المنصوص عليه قياسا أو بستر العورة ، وليس هذا قياسا فى إثبات شرط بل فى إثبات الوجوب . وقد يجاب بحاصل ما فى المبسوط من أن حكم النجاسة فى الثوب أخف حتى جازت الصلاة مع قليل النجاسة فى الثوب ومع كثيرها حالة الضرورة فلا يتمكن بنجاسة الثوب نقصان فى الطواف وهذا يخص الفرق بطهارة الحدث دون الستر ، ثم أفاد فرقا بين الستر وبينه بأن وجوب الستر لأجل الطواف أخذا من قوله عليه الصلاة والسلام « ألا لايحجن بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان » فبسبب الكشف يتمكن نقصان فى الطواف واشتراط طهارة الثوب ليس للطواف على الخصوص فلا يتمكن بتركه نقصان فيه ، ولم يبين الجهة المشاركة للطواف فى سببية المنع . وأفادها فى البدائع فقال : المنع من الطواف مع الثوب النجس ليس لأجل الطواف بل لصيانة المسجد عن إدخاله النجاسة وصيانته عن التلويث فلا يوجب ذلك نقصا فى الطواف فلا حاجة إلى الجبر إلا أنه نفى سببية الطواف بالكلية . وقوله المنع من الطواف مع الثوب النجس إما أن يكون معناه أنه لو كان منع لكان لصيانة المسجد ، أو أن المنع ثابت مع النجاسة ولذا تثبت الكراهة به إلا أنه لايبلغ إلى الوجوب فلا ينتهض موجبا للجابر ، والله سبحانه أعلم . ولم يكن فى ظاهر الرواية تنصيص سوى على الثوب . والتعليل يفيد تعميم البدن أيضا (قوله فكان أفحش) فإن قيل : لم اختلف الجابر فى الفرض والنفل فى الطواف دون الصلاة ؟ فالجواب أن الأصل أن يختلف الجابر باختلاف الجناية اعتبارا للمسبب على وزان سببه فلا يترك إلا للتعذر الشرعى . وقد أمكن فى الحج لشرع الجابر فيه متنوعا إلى بدنة وشاة وصدقة فاعتبر تفاوت الجابر بتفاوت الجناية وتعذر فى الصلاة إذ لم يشرع الجابر للنقص الواقع

شيء فكذا إذا أتى به محدثا فلا يحتاج إلى شيء من هذه التكلفات (ولو طاف طواف الزيارة محدثا فعليه شاة لأنه أدخل النقص فى الركن) وإدخال النقص فى الركن أفحش من إدخاله على الواجب (وإن كان جنبا فعليه بدنة) وكلامه ظاهر . وقوله (لأن أكثر الشيء له حكم الكل) يعترض عليه بالمقدرات الشرعية كالصوم والصلاة ونحوهما فإن الأكثر فيها لايقوم مقام الكل وقد قدمنا الجواب عنه ، ونزيد ههنا بيانا وهو أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من وقف بعرفة فقد تم حجه » وليس ذلك إلا بإقامة الأكثر مقام الكل ، فإن الحج له فروض ثلاثة شرط وركنان ، وعند ماوقف فقد حصل منها اثنان وهو الشرط : أعنى الإحرام وأحد الركنين وليس فى المقدرات الشرعية مثله فلم يكن كذلك . وقوله (والأفضل أن يعيد الطواف مادام بمكة) وجه ذلك أن فيه تحصيل الجبران بما هو من جنسه فكان أفضل . وقوله (وفى بعض النسخ) يريد به نسخ المبسوط . وقوله (ثم إذا أعاده) يعنى طواف الزيارة . وقوله (وإن أعاده بعد أيام النحر) إن هذه للوصل . وقوله (لاذبح عليه) بناء على أنه الطواف

والأصح أنه يؤمر بالإعادة فى الحدث استحبابا وفى الجنابة إيجابا لفحش النقصان بسبب الجنابة وقصوره بسبب الحدث . ثم إذا أعاده وقد طافه محدثا لاذبح عليه وإن أعاده بعد أيام النحر لأن بعد الإعادة لايبقى إلا شبهة النقصان ، وإن أعاده وقد طافه جنبا فى أيام النحر فلا شيء عليه لأنه أعاده فى وقته . وإن أعاده بعد أيام النحر لزمه الدم عند أبى حنيفة رحمه الله بالتأخير على ماعرف من مذهبه . ولو رجع إلى أهله وقد طافه جنبا عليه أن يعود لأن النقص كثير فيؤمر بالعود استدراكا له

سهوا إلا السجود (قوله والأصح أنه يؤمر بالإعادة فى الحدث استحبابا) وإنما لم يؤمر مطلقا كما هو تلك الرواية مع أن الطهارة فى الطواف مطلقا واجبة لأنه لم يتعين الطواف جابرا . فإن الدم والصدقة مما يجبر بهما فالواجب أحدهما غير عين واستحباب المعين : أعنى الطواف ليكون الجابر من جنس المجبور . بخلاف ما إذا رجع إلى أهله ولم يطف فإن البعث بالشاة أفضل لأن النقصان كان يسيرا وفى الشاة نفع للفقراء (قوله لاذبح عليه وإن أعاده بعد أيام النحر) إن هذه وصلية . وعدم وجوب الشيء إذا أعاده بعد أيام النحر دليل أن العبرة للأول فى الحدث وإلا لوجب عند أبى حنيفة رحمه الله دم للتأخير عن أيام النحر . وقوله فى فصل الجنابة (١) وإن أعاده بعد أيام النحر لزمه الدم عند أبى حنيفة بالتأخير أخذ منه الرازى أن العبرة فى فصل الجنابة للطواف الثانى وينفسخ الأول به . وذهب الكرخى إلى أن المعتبر الأول فى الفصلين (٢) جميعا ، وصححه صاحب الإيضاح إذ لاشك فى وقوع الأول معتدا به حتى حل به النساء . وتقرير ماعلم شرعا باعتداده حال وجوده أولى . واستدل الكرخى بما فى الأصل : لو طاف للعمرة جنبا أو محدثا فى رمضان وحج من عامه لم يكن متمتعا إن أعاده فى شوال أولم يعده . واعتذر عنه السرخسى فى المبسوط بأنه إنما لم يكن متمتعا لوقوع الأمن له عن فساد العمرة . فإذا أمن فسادها قبل دخول وقت الحج

الأول وإن كان بغير طهارة معتد به . وإلا لزم الدم على قول أبى حنيفة بالتأخير . فإذا كان معتدا به بنقصان وقد أعاده لم يبق إلا شبهة النقصان وهى نقصان الطواف بالحدث وهى لا توجب شيئا . وقوله (وإن أعاده وقد طاف جنبا) ظاهر . وقوله (وإن أعاده بعد أيام النحر لزمه الدم) أى الشاة لأن البدنة سقطت بالإعادة بالاتفاق ، وإنما هذا دم يلزمه على قول أبى حنيفة لتأخير الطواف عن أيام النحر على ماعرف من مذهبه أن من أخر نسكا عن وقته يجب عليه الدم ، وهذا الذى ذكره إنما هو على اختيار أبى بكر الرازى رحمه الله فى أن المعتد به من الطوافين إذا طاف الأول جنبا إنما هو الثانى وأن الأول ينفسخ بالثانى . إذ لو كان الأول لما لزمه دم التأخير لأن الأول مؤدى فى وقته . بخلاف ما إذا طاف الأول محدثا فإن المعتد به هو الأول لقلة النقصان فكان الثانى جابرا للنقصان المتمكن فيه . فإن قيل : فما تقول فى معتمر طاف لعمرته فى رمضان جنبا ثم أعاد طوافه فى أشهر الحج وحج من عامه ذلك فإنه لايكون متمتعا . قاله محمد رحمه الله فى الكتاب . ولو كان المعتد به هو الثانى لكان متمتعا . أجيب بأن المعتمر لما طاف فى رمضان وقع الأمن عن فساد العمرة ، وإذا أمن فسادها قبل وقت الحج لايكون متمتعا . فإن قيل : التحلل يحصل بالطواف الأول فيكون هو المعتد به . أجيب بأن الأول مراعى الحكم لتفاحش النقصان فيه . فإن أعاده انفسخ الأول واعتد بالثانى وإلا كان هو المعتد به فى التحلل . وقوله (ولو رجع إلى أهله) ظاهر

---

(١) (قوله الجنابة) بالباء الموحدة لا بالياء المثناة التحتية كما لايخفى .

(٢) (قوله فى الفصلين) أى فصل الجنابة وفصل الحدث ، كذا بخط العلامة المحقق الشيخ البحراوى حفظه الله ا ه كتبه مصححه

ويعود بإحرام جديد . وإن لم يعد وبعث بدنة أجزأه لما بينا أنه جابر له ، إلا أن الأفضل هو العود . ولو رجع إلى أهله وقد طافه محدثا إن عاد وطاف جاز ، وإن بعث بالشاة فهو أفضل لأنه خف معنى النقصان وفيه نفع للفقراء ولو لم يطف طواف الزيارة أصلا حتى رجع إلى أهله فعليه أن يعود بذلك الإحرام لانعدام التحلل منه وهو محرم عن النساء أبدا حتى يطوف (ومن طاف طواف الصدر محدثا فعليه صدقة) لأنه دون طواف الزيارة ، وإن كان واجبا فلا بد من إظهار التفاوت . وعن أبي حنيفة أنه تجب شاة ، إلا أن الأول أصح (ولو طاف جنبا فعليه شاة) لأنه نقص كثير ، ثم هو دون طواف الزيارة فيكتفى بالشاة (ومن ترك من طواف الزيارة ثلاثة أشواط فما دونها فعليه شاة)

لايكون بها متمتعا . قال : والطواف الأول كان حكمه مراعى لتفاحش النقصان ، فإن أعاده انفسخ وصار المعتد به الثاني ، وإن لم يعد كان معتدا به في التحلل ، كمن قام في صلاته ولم يقرأ حتى ركع كان قيامه وركوعه مراعى على سبيل التوقف ، فإن عاد فقرأ ثم ركع انفسخ الأول ، حتى إن من أدرك معه الركوع الثاني مدرك للركعة ، وإن لم يعد فقرأ في الركعتين الأخريين كان الأول معتدا به ، وهذا بخلاف الحدث لأن النقصان يسير فلا يتوقف به حكم الطواف بل بقي معتدا به على الإطلاق . والثاني جابر للتمكن فيه من النقصان . ولو طافت المرأة للزيارة حائضا فهو كطواف الجنب سواء اهـ . وقول الكرخي أولى ، وجعل عدم التمتع في شاهده للأمن عن فساد العمرة قبل أشهر الحج ليس بأولى من جعل الدم لتأخير الجابر لجعله كنفس الطواف بسبب أن النقصان لما كان متفاحشا كان كتركه من وجه فيكون وجود جابره كوجوده . أو نقول : الواجب عليه فعل الطواف في أيامه خاليا عن النقص الفاحش الذي ينزل منزلة الترك لبعضه ، فبإدخاله يكون موجدا لبعضه ووجب عليه البعض الآخر أعني صفة الكمال ، وهو تكامل الصفة وهو الطواف الجابر فوجب في أيام الطواف ، فإذا أخره وجب دم كما إذا أخر أصل الطواف (قوله ويرجع بإحرام جديد) بناء على أنه حل في حق النساء بطواف الزيارة جنبا وهو آفاقي يريد مكة فلا بد له من إحرام بحج أو عمرة ، وقيل : يعود بذلك الإحرام ، حكاه الفارسي ، ثم إذا عاد فأحرم بعمرة يبدأ بها ، فإذا فرغ منها يطوف للزيارة ويلزمه دم لتأخير طواف الزيارة عن وقته وقد تقدم . ولو طاف القارن طوافين وسعى سعيين محدثا عاد طواف العمرة قبل يوم النحر ولا شيء عليه للجبر بجنسه في وقته . فإن لم يعد حتى طلع فجر يوم النحر لزمه دم لطواف العمرة محدثا وقد فات وقت القضاء ، ويرمل في طواف الزيارة يوم النحر ويسعى بعده استحبابا ليحصل الرمل والسعي عقيب طواف كامل ، وإن لم يعد لاشيء عليه لأنه سعي عقيب طواف معتد به ، إذ الحدث الأصغر لايمنع الاعتداد ، وفي الجنابة إن لم يعد فعليه دم للسعي وكذا الحائض (قوله ولو لم يطف طواف الزيارة أصلا الخ) وكذا إذا رجع إلى أهله وقد ترك منه أربعة أشواط يعود بذلك الإحرام وهو محرم أبدا في حق النساء ، وكلما جامع لزمه دم إذا تعددت المجالس إلا أن يقصد رفض الإحرام بالجماع الثاني وتقدم أوائل الفصل من ذلك شيء (قوله ومن طاف طواف الصدر الخ) ذكر في حكمه روايتين ،

وقوله (إلا أن الأفضل هو العود) لما ذكرنا من كون الجابر من جنس المجبور وهو الطواف . وقوله (ولو رجع إلى أهله) ظاهر

(قال المصنف : ومن طاف طواف الصدر محدثا فعليه صدقة ، إلى قوله : ولو طاف جنبا فعليه شاة) أقول : قال العلامة الزيلعي : فإن قيل : فعلى هذا سويتم بين الواجب والنفل فإنكم أوجبتم في طواف القدوم ما أوجبتم في طواف الصدر . قلنا : طواف القدوم يجب بالشروع

لأن النقصان بترك الأقل يسير فأشبه النقصان بسبب الحدث فتلزمه شاة . فلو رجع إلى أهله أجزأه أن لايعود

وفيه رواية ثالثة هي رواية أبي حفص أنه تجب عليه الصدقة لأن طواف الجنب معتد به حتى يتحلل به إلا أنه ناقص ، والواجب بترك طواف الصدر الدم فلا يجب بالنقصان مايجب بالترك . والجواب أن مناط وجوب الدم كمال الجناية وهو متحقق في الطواف مع الجناية فيجب به كما يجب بتركه . ولذا حققنا وجوب الدم بطواف القدوم جنبا ، ولا يلزم بتركه شيء أصلا لثبوت الجناية في فعله جنبا وعدمها في تركه فالمدار الجناية . فإن قلت : ذكر الشيخ في الفرق بين لزوم الدم في طواف الزيارة محدثا والصدقة في طواف القدوم محدثا ، وإن كان فيه إدخال النقص في الواجب بالشروع أنه إظهار التفاوت بين ماوجب بإيجاب الله تعالى ابتداء وبين مايتعلق وجوبه بإيجاب العبد . وهذا الفرق ثابت بين طواف القدوم والصدر فلم اتحد حكمهما ؟ فالجواب منع قيام الفرق فإن وجوبه مضاف إلى الصدر الذي هو فعل العبد كوجوب طواف القدوم بفعله وهو الشروع . ولهذا لو اتخذ مكة دارا لم يجب لعدم فعل الصدر . وفي المحيط لو طاف للعمرة جنبا أو محدثا فعليه شاة . ولو ترك من طواف العمرة شوطا فعليه دم لأنه لا مدخل للصدقة في العمرة (قوله يسير) لرجحان جانب الوجود بالكثرة . وعن هذا ماذكر من أن الركن عندنا هو الأربعة الأشواط والثلاثة الباقية واجبة لأن تركها يجبر بالدم . وإنما يجبر به الواجب . وهذا حكم لايعلل به لأنه محل النزاع إذ جبرها بالدم ممنوع عند من يخالف فيه وهم كثيرون . بل جبرها به لإقامة الأكثر مقام الكل . وسبب اختصاص هذه العبادة به على خلاف الصلاة والصوم إذ لايقام الأكثر منهما مقام الكل قوله عليه الصلاة والسلام « الحج عرفة . ومن وقف بعرفات فقد تم حجه » مع العلم ببقاء ركن آخر عليه . وحكمنا لهذا بالأمن من فساد الحج إذا تحقق بعد الوقوف مايفسده قبله . فعلمنا أن باب الحج اعتبر فيه شرعا هذا الاعتبار والطواف منه فأجرينا فيه ذلك . وهذا هو الأوجه في إثبات الإقامة المذكورة . وإنما قلنا إن هذا الوجه أوجه لأن الوجه الآخر غير منتهض ، وهو أن المأمور به الطواف وهو يحصل بمرة . فلما فعله عليه الصلاة والسلام سبعا احتمل كونه تقديرا للكمال ولما لا يجزى أقل منه فيثبت المتيقن من ذلك وهو أنه شرط للكمال أو للاعتداد ، ويقام الأكثر مقام الكل كإدراك الركوع يجعل شرعا إدراكا للركعة ، وكالنية في أكثر النهار للصوم تجعل شرعا في كله . ولا يخفى أن المأمور به التطوف وهو أخص يقتضي زيادة تكلف ، وهو يحتمل كونه من حيث الإسراع ومن حيث التكثر . فلما فعله عليه الصلاة والسلام متكثرا كان تنصيصا على أحد المحتملين . ثم وقوع التردد بين كونه للكمال أو للاعتداد على السواء لايستلزم كون المتيقن كونه للكمال فإنه محض تحكم في أحد المحتملين المتساويين . بل في مثله يجب الاحتياط فيعتبر للاعتداد ليقع اليقين بالخروج عن العهدة . وعلى اعتبار كونه للاعتداد يكون إقامة أكثره مقام كله منافيا له في التحقيق . إذ كون السبع للاعتداد معناه أنه لايجزى أقل منها . وإقامة الأكثر لازمه حصول الإجزاء بأقل من السبع فكيف يرتب لازما على شيء وهو مناف للملزوم . ثم بتقديره فإثباته بإلحاق مدرك الركوع والنية باطل . أما إدراك الركعة بالركوع فبالشرع على خلاف القياس . ولذا لم يقل بإجزاء ثلاث ركعات عن الأربع قياسا . وأما النية فبعد أنه من رد المختلف إلى المختلف فإنا نعتبر الإمساكات السابقة على وجود النية متوقفة على وجودها . فإذا وجدت بأن ينوى أنه صائم من أول النهار تحقق

وقوله (**لأن النقصان بترك الأقل يسير**) إنما كان كذلك لأن جانب الوجود راجح .

فيه فاستويا اه . ونحن نقول نعم إلا أنه يجب بإيجاب العبد فلا بد أن لايسوى بينه وبين ما يجب بإيجاب الله تعالى على مامر آنفا فتأمل .

ويبعث بشاة لما بينا (ومن ترك أربعة أشواط بقى محرما أبدا حتى يطوفها) لأن المتروك أكثر فصار كأنه لم يطف أصلا (ومن ترك طواف الصدر أو أربعة أشواط منه فعليه شاة) لأنه ترك الواجب أو الأكثر منه، وما دام بمكة يؤمر بالإعادة إقامة للواجب فى وقته (ومن ترك ثلاثة أشواط من طواف الصدر فعليه الصدقة ، ومن طاف طواف الواجب فى جوف الحجر ، فإن كان بمكة أعاده) لأن الطواف وراء الحطيم واجب على ماقدمناه . والطواف فى جوف الحجر أن يدور حول الكعبة ويدخل الفرجتين اللتين بينها وبين الحطيم ، فإذا فعل ذلك فقد أدخل نقصا فى طوافه فما دام بمكة أعاده كله ليكون مؤديا للطواف على الوجه المشروع (وإن أعاد على الحجر) خاصة (أجزأه) لأنه تلافى ماهو المتروك وهو أن يأخذ عن يمينه خارج الحجر حتى ينتهى إلى آخره ثم يدخل الحجر من الفرجة ويخرج من الجانب الآخر هكذا يفعله سبع مرات (فإن رجع إلى أهله ولم يعده فعليه دم) لأنه تمكن نقصان فى طوافه بترك ماهو قريب من الربع ولا تجزيه الصدقة (ومن طاف طواف الزيارة على غير وضوء وطواف الصدر فى آخر أيام التشريق طاهرا فعليه دم ، فإن كان طاف طواف الزيارة جنبا فعليه دمان عند أبى حنيفة رحمه الله (وقالا عليه دم واحد لأن فى الوجه الأول لم ينقل طواف الصدر إلى طواف الزيارة لأنه واجب ، وإعادة طواف الزيارة بسبب الحدث غير واجب وإنما هو مستحب فلا ينقل إليه . وفى الوجه الثانى ينقل طواف الصدر إلى طواف الزيارة لأنه مستحق الإعادة فيصير تاركا لطواف الصدر مؤخرا لطواف الزيارة عن أيام النحر فيجب الدم بترك الصدر بالاتفاق وبتأخير الآخر على الخلاف ، إلا أنه يؤمر بإعادة طواف الصدر مادام بمكة ولا يؤمر بعد الرجوع

صرف ذلك الموقوف كله لله تعالى ، فإنما تعلقت النية بالكل لوجودها فى الأكثر لا بالأكثر ، وكان سبب تصحيح تعلقها بالكل من غير قران وجودها بالكل الحرج اللازم من اشتراط قران وجودها للكل بسبب النوم الحاكم على ما أسلفنا إيضاحه فى كتاب الصوم وليس مانحن فيه كذلك . هذا وأما الوجه الأول فهو وإن كان أوجه لكنه غير سالم مما يدفع به . وذلك أن إقامة الأكثر فى تمام العبادة إنما هو فى حق حكم خاص وهو أمن الفساد والفوات ليس غير ، ولذا لم يحكم بأن ترك ما بقى : أعنى الطواف يتم معه الحج وهو مورد ذلك النص ، فلا يلزم جواز إقامة أكثر كل جزء منه مقام تمام ذلك الجزء وترك باقيه ، كما لم يجز ذلك فى نفس مورد النص : أعنى الحج ، فلا ينبغى التعويل على هذا الحكم . والله أعلم . بل الذى ندين به أن لا يجزى أقل من السبع ولا يجبر بعضه بشيء غير أنا نستمر معهم فى التقرير على أصلهم هذا (قوله ويبعث بشاة) يعنى عن الباقى من طواف الزيارة وبشاة أخرى

وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأنه خف معنى النقصان وفيه نفع للفقراء . وقوله (أو أربعة أشواط منه) يعنى من طواف الصدر . وقوله (ومن ترك ثلاثة أشواط من طواف الصدر فعليه الصدقة) يعنى لاظهار التفاوت بين ترك الأقل من طواف الصدر والأقل من طواف الزيارة ، والمراد بالصدقة ههنا هو أن يكون لكل شوط منه نصف صاع من حنطة . والحاصل أن أكثر طواف الصدر بمنزلة أقل طواف الزيارة فى وجوب الشاة ، وإذا كان فى أكثره شاة فلا بد أن يكون فى أقله صدقة . قال (ومن طاف طواف الزيارة على غير وضوء) ماذكر من المسألتين

(قال المصنف : فإن رجع إلى أهله ولم يعده فعليه دم) أقول : فى شرح الكنز : ولو عاد إلى أهله ولم يعد الطواف يلزمه دم فى الفرض لأن ترك شوط منه يوجب الدم ، وهذا أولى لأنه قريب من الربع وإن كان فى الواجب ينبغى أن تجب فيه الصدقة على ما قدمناه اهـ . فعلى هذا يكون الواجب فى قول المصنف ومن طاف الطواف الواجب بمعنى الفرض .

على ما بينا (ومن طاف لعمرته وسعى على غير وضوء وحل فما دام بمكة يعيدهما ولا شيء عليه) أما إعادة الطواف فلتمكن النقص فيه بسبب الحدث . وأما السعى فلأنه تبع للطواف ، وإذا أعادهما لا شيء عليه لارتفاع النقصان (وإن رجع إلى أهله قبل أن يعيد فعليه دم) لترك الطهارة فيه ، ولا يؤمر بالعود لوقوع التحلل بأداء الركن إذ النقصان يسير ، وليس عليه فى السعى شيء لأنه أتى به على أثر طواف معتد به ، وكذا إذا أعاد الطواف ولم يعد السعى فى الصحيح

لترك طواف الصدر ، وهذا لأن بعث الشاة لترك بعض طواف الزيارة لا يتصور إلا إذا لم يكن طاف الصدر ؛ فإنه لو طاف للصدر انتقل منه إلى طواف الزيارة ما يكمله ثم ينظر فى الباقى من طواف الصدر إن كان أقله لزمه صدقة له وإلا فدم، ولو كان طاف للصدر فى آخر أيام التشريق وقد ترك من طواف الزيارة أكثره كمل من الصدر ولزمه دمان فى قول أبى حنيفة : دم لتأخير ذلك ، ودم آخر لتركه أكثر الصدر ، وإن كان قد ترك أقله لزمه للتأخير دم وصدقة للمتروك من الصدر مع ذلك الدم . وجملته أن عليه فى ترك الأقل من طواف الزيارة دما ؛ وفى تأخير الأقل صدقة ؛ وفى ترك الأكثر من طواف الصدر دم ؛ وفى ترك أقله صدقة . ومبنى هذا النقل ما تقدم من أن طواف الزيارة ركن عبادة ، والنية ليست بشرط لكل ركن إلا أنه يستقل عبادة فى نفسه فشرط له نية أصل الطواف دون التعيين . فلو طاف فى وقته ينوى النذر أو النفل وقع عنه ، كما لو نوى بالسجدة من الظهر النفل لغت نيته ووقعت عن الركن وإن توالى الأشواط ليس بشرط لصحة الطواف ، كمن خرج من الطواف لتجديد وضوء ففعل ثم رجع بنى (قوله وليس عليه لترك السعى شيء) عطف على قوله فعليه دم ، والمراد ليس عليه لترك جابر السعى شيء : أى لا يجب باعتبار مجرد السعى محدثا شيء لأنه لا تجب الطهارة فيه ؛ بل الواجب فيه الطهارة فى الطواف الذى هو عقيبه وقد جبر ذلك بالدم إذ فوت ، وقدمنا أن شرط جواز السعى كونه بعد أكثر طواف ؛ والله أعلم . وما فى البدائع من قوله لا يشترط له الطهارة لأنه نسك غير متعلق بالبيت ، إلا أنه يشترط أن يكون

والفرق بينهما واضح . وفائدة نقل طواف الصدر إلى طواف الزيارة سقوط البدنة عنه ، وهاهنا أصل وهو أن كل من وجب عليه طواف وأتى به فى وقته وقع عنه سواء نواه بعينه أو لم ينوه أو نوى به طوافا آخر ، فالمحرم إذا دخل مكة فطاف ولم ينو شيئا أو نوى التطوع ؛ فإن كان معتمرا وقع عن العمرة وإن كان حاجا وقع عن طواف القدوم ، وإن كان قارنا كان الطواف الأول للعمرة ثم ما بعده للحج سواء نوى التطوع أو طوافا آخر . وإنما كان كذلك لأن الإحرام قد انعقد لأدائه ، فإذا أتى به وقع عن المستحق ولم يتغير بنيته ، كما إذا سجد ينوى به تطوعا لم يتغير بنيته ووقعت السجدة عما هو مستحق عليه . وقوله (على ما بينا) إشارة إلى قوله ومن ترك طواف الصدر أو أربعة أشواط منه فعليه شاة ، إلى قوله وما دام بمكة يؤمر بالإعادة . وقوله (ومن طاف لعمرته وسعى على غير وضوء) واضح . وقوله (وأما السعى) يعنى إنما يعيد السعى وإن لم يفتقر إلى الطهارة لعدم ورود ما ورد فى الطواف من النص فيه لكونه تابعا للطواف لأنه لا يعد قربة بدون الطواف . وقوله (وليس عليه فى السعى شيء) معطوف على قوله فعليه دم . وقوله (وكذا إذا أعاد الطواف ولم يعد السعى) يعنى ليس عليه شيء . وقوله (فى الصحيح) احتراز عما قال بعض المشايخ إذا أعاد الطواف ولم يعد السعى كان عليه دم لأنه لما أعاد الطواف فقد نقض الطواف الأول ، فإذا انتقض ذلك حصل السعى قبل الطواف فلا يعتد به فيكون تاركا للسعى فيجب عليه الدم . ووجه الصحيح وهو اختيار شمس الأئمة السرخسى والإمام المحبوبى والمصنف رحمهم الله أن الطهارة ليست بشرط فى السعى ، وإنما الشرط

. . . .

الطواف على طهارة من الجنابة والحيض ، إلى أن قال : والحاصل أن حصول الطواف على الطهارة عن الحيض والجنابة من شرائط جواز السعي تساهل وهذا بالاتفاق ، بخلاف ما إذا أعاد الطواف وحده ذكر فيه الخلاف وصحح عدم الوجوب وهو قول شمس الأئمة والمحبوبي . وذهب كثير من شارحي الجامع الصغير إلى وجوب الدم بناء على انفساخ الأول بالثاني وإلا كانا فرضين أو الأول فلا يعتد بالثاني ولا قائل به فيلزم كون المعتبر الثاني فحينئذ وقع السعي قبل الطواف فلا يعتد به ، بخلاف ما إذا لم يعد فإنه لايوجب انفساخ الأول . والجواب منع الحصر بل الطواف الثاني معتد به جابرا كالدم ، والأول معتد به في حق الفرض ، وهذا أسهل من الفسخ خصوصا وهو نقصان بسبب الحدث الأصغر . ومن واجبات الطواف ستر العورة والمشي ، وأن لايكون منكوسا بأن يجعل البيت عن يمينه لايساره . وكلها وإن تقدم ذكرها لكن لاقصدا بل في ضمن التعاليل . أما الستر فلما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام « ألا لايطوفن بهذا البيت بعد العام مشرك ولا عريان » وأما المشي فلأن الراكب ليس طائفا حقيقة بل الطائف حقيقة مركوبه وهو في حكمه إذ كان حركته عن حركة المركوب ، وطوافه عليه الصلاة والسلام راكبا فيما ركب فيه قدمنا ماروى فيه من كلام الصحابة أنه كان ليظهر فيقتدى بفعله وهذا عذر أي عذر ، فإنه كان مأمورا بتعليمهم ، وهذا طريق ما أمر به فيباح له . ونحن نقول : إذا ركب من عذر فلا شيء عليه وإلا أعاده وإن لم يعده لزمه دم ، وكذا إذا طاف زحفا . ولو نذر أن يطوف زحفا وهو قادر على المشي لزمه أن يطوف ماشيا لأنه نذر العبادة بوجه غير مشروع فلغت وبقي النذر بأصل العبادة كما إذا نذر أن يطوف للحج بلا طهارة ، ثم إن طاف زحفا أعاده ، فإن رجع إلى أهله ولم يعده فعليه دم لأنه ترك الواجب كذا ذكر في الأصل . وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أنه إذا طاف زحفا أجزأه لأنه أدى ما أوجب على نفسه كمن نذر أن يصلي في أرض مغصوبة أو يصوم يوم النحر فإنه يجب عليه أن يصلي في موضع آخر ويصوم يوما آخر ؛ ولو صلى في المغصوبة أو صام يوم النحر أجزأه وخرج عن عهدة النذر ، كذا هذا ، هكذا حكى في البدائع . وسوقه يقتضي أن المذكور في شرح القاضي مخالف لما في الأصل ، وليس كذلك إلا لو صرح بنفي الدم وهو لم يذكر سوى الإجزاء ، وما في الأصل لا ينفيه ، ولو كان خلافا كان ما في الأصل هو الحق لأن الأصل أن العبادة متى شرع فيها جابر لتفويت شيء من واجباتها ففوت وجب الجبر ، وإن كان لو لم يجبر صحت كالصلاة بالسجود في السهو وبالإعادة في العمد ، فقد قلنا : كل صلاة أديت مع كراهة التحريم يجب إعادتها ، وباب الحج مما تحقق فيه ذلك فيجب الجبر أولا بجنسه إذا فوت واجبه ، فإن لم يعد وجب الجابر الآخر وهو الدم ، بخلاف الصوم فإنه لم يتحقق فيه جبر ، وبخلاف الصلاة في الأرض المغصوبة فإن عدم حل الصلاة فيها ليس من واجبات الصلاة بل الواجب عدم الكون فيها مطلقا في الصلاة وغيرها . وأما جعل البيت عن يساره فاختلف فيه ، والأصح الوجوب بفعله عليه الصلاة والسلام كذلك على سبيل المواظبة من غير ترك في الحج وجميع عمره مع ماذكرنا أن ما فعله عليه الصلاة والسلام في موضع التعليم يحمل على الوجوب إلى أن يقوم دليل على عدمه خصوصا اقتران مافعله في الحج بقوله « خذوا عني مناسككم » فعليه أن يعيد ، فإن لم يعد حتى رجع إلى أهله لزمه دم . وأما الافتتاح من الحجر فني ظاهر الرواية هو سنة يكره تركها . وذكر محمد في الرقيات : لايعتد بذلك الشوط إلى أن يصل إلى

فيه أن يكون على إثر طواف معتد به ، وطواف المحدث كذلك ولهذا يتحلل به ، فإذا أتى به مع تقدم الشرط عليه حصل المقصود . فإن أعاد تبعا للطواف فهو أفضل وإلا فلا شيء عليه .

(ومن ترك السعي بين الصفا والمروة فعليه دم وحجه تام) لأن السعي من الواجبات عندنا فيلزم بتركه الدم دون الفساد (ومن أفاض قبل الإمام من عرفات فعليه دم) وقال الشافعي رحمه الله : لاشيء عليه لأن الركن أصل الوقوف فلا يلزمه بترك الإطالة شيء . ولنا أن الاستدامة إلى غروب الشمس واجبة لقوله عليه الصلاة والسلام « فادفعوا بعد غروب الشمس » فيجب بتركه الدم . بخلاف ما إذا وقف ليلا لأن استدامة الوقوف على

الحجر فيعتبروا ابتداء الطواف منه، وقدمنا فيما سلف أنه ينبغي أن يكون واجبا إذ لافرق بينه وبين جعل البيت عن يساره فى الدليل ، وجعل البيت عن يسار الطائف واجب ، فكذا ابتداء الطواف من الحجر واجب ألبتة (قوله ومن ترك السعي بين الصفا والمروة فعليه دم وحجه تام) لأن السعي من الواجبات عندنا . وقد تقدم نصب الخلاف فيه مع الشافعي وغيره : وأقمنا دليل الوجوب وأبطلنا ماجعله دليلا للركنية فارجع إليه فى أثناء باب الإحرام . قال فى البدائع : وإذا كان السعي واجبا فإن تركه لعذر فلا شيء عليه ، وإن تركه لغير عذر لزمه دم لأن هذا حكم ترك الواجب فى هذا الباب . أصله طواف الصدر . وأصل ذلك ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال « من حج هذا البيت فليكن آخر عهده بالبيت الطواف » ورخص للحيض فأسقطه للعذر ، وعلى هذا فإلزام الدم فى الكتاب بترك السعي يحمل على عدم العذر ، وكذا يلزم الدم بترك أكثره ، فإن ترك ثلاثة أشواط منه لزمه صدقة : أى يطعم لكل شوط مسكينا نصف صاع من بر أو قيمته إلا أن يبلغ ذلك دما فهو بالخيار ، وكما يلزمه بتركه الدم فكذلك يلزم بركوبه فيه من غير عذر إلا إن ركب لعذر ، وتقدم فى الهداية أن فى ترك الوقوف بمزدلفة لغير عذر دما لا لعذر (قوله ومن أفاض قبل الإمام) قد تركنا مواضع من هذا الفصل لأنها مفصلة واضحة فى الكتاب فتراجع فيه . ثم الأولى أن يقول قبل أن تغرب الشمس لأنه المدار إلا أن الإفاضة من الإمام لما لم تكن قط إلا على الوجه الواجب أعنى بعد الغروب وضع المسألة باعتبارها ، وأشار فى الدليل إلى خصوص المراد بقوله : ولنا أن الاستدامة إلى غروب الشمس واجبة . والحديث الذى ذكره وهو قوله عليه الصلاة والسلام « فادفعوا بعد غروب الشمس » غريب ، ولا شبهة فى أنه عليه الصلاة والسلام دفع بعد غروب الشمس . ويمكن أن يقال : كل ماوقع من قوله عليه الصلاة والسلام فى الحج يحمل على الوجوب إلا أن يقوم دليل خلافه لقوله عليه الصلاة والسلام « خذوا عنى مناسككم » وأيضا ماتقدم من حديث الحاكم عن المسور « خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أما بعد ، فإن أهل الشرك كانوا يدفعون من هذا الموضع إذا كانت الشمس على رءوس الجبال مثل عمائم الرجال فى وجوهها ، وإنا ندفع بعد أن تغيب ، فإن هذا السوق يفيد الوجوب بأدنى تأمل فيه . ومسائل الإفاضة قبل الغروب ذكرناها فى بحث الوقوف بعرفة فارجع إليها تستغن عن إعادتها هنا .

وقوله (ومن ترك السعي) ظاهر . وقوله (ومن أفاض قبل الإمام من عرفات فعليه دم) قال فى النهاية : كان من حق الرواية أن يقال : ومن أفاض قبل غروب الشمس فعليه دم لما أن المحظور عليه الإفاضة قبل غروب الشمس. وأقول : قوله هذا يستلزم ذلك لأن الاستدامة إذا كانت واجبة إلى غروب الشمس فالإفاضة قبل الإمام لاتكون إلا قبل الغروب لأن الظاهر أن الإمام لايترك ماوجب عليه من الاستدامة . وقوله (بخلاف ما إذا وقف ليلا) متصل بقوله ولنا أن الاستدامة إلى غروب الشمس واجبة . فإن قيل : قوله عليه الصلاة والسلام « من وقف بعرفة بليل أو نهار فقد أدرك الحج » يقتضى أن لايكون

(قوله فالإفاضة قبل الإمام لاتكون إلا قبل الغروب) أقول : يجوز أن يفيض بعد الغروب قبل الإمام . إذ لايجب على الإمام أن يفيض مع الغروب بحيث لايتخلل بين إفاضته والغروب زمان ما مع أنه لايلزم على ذلك المفيض بعد الغروب قبل الإمام شيء ، ومقتضى ظاهر الكتاب

من وقف نهارا لا ليلا ، فإن عاد إلى عرفة بعد غروب الشمس لايسقط عنه الدم فى ظاهر الرواية ، لأن المتروك لايصير مستدركا . واختلفوا فيما إذا عاد قبل الغروب (ومن ترك الوقوف بالمزدلفة فعليه دم) لأنه من الواجبات (ومن ترك رمى الجمار فى الأيام كلها فعليه دم) لتحقق ترك الواجب ، ويكفيه دم واحد لأن الجنس متحد كما فى الحلق ، والترك إنما يتحقق بغروب الشمس من آخر أيام الرمى لأنه لم يعرف قربة إلا فيها ، وما دامت الأيام باقية فالإعادة ممكنة فيرميها على التأليف ثم بتأخيرها يجب الدم

وقوله فى ظاهر الرواية يحترز به عما قدمناه هناك من رواية ابن شجاع (قوله واختلفوا فيما إذا عاد قبل الغروب) ذكر الكرخى أنه يسقط لأن الواجب الإفاضة بعد الغروب وقد وجد وتقدم ماعليه وجوابه وأنه الحق فارجع إليه (قوله كما فى الحلق) حيث يجب دم واحد بحلق شعر كل البدن فى مجلس واحد لاتحاد الجناية باتحاد الجنس ، فكذا ترك رمى الجمار فى كل الأيام يلزمه به دم واحد (قوله والترك إنما يتحقق بغروب الشمس من آخر أيام الرمى) وهو آخر أيام التشريق وهو اليوم الثالث عشر من ذى الحجة ولا يبقى فى ليلة الرابع عشر بخلاف الليالى التى تتلو الأيام التى قبلها ، وتقدم بيان ذلك فى بحث الرمى . وقوله فيرميها على التأليف : يعنى على الترتيب كما كان يرتب الجمار فى الأداء . واعلم أن إطلاق إلزام الدم والصدقة بترك الرمى على الاتفاق فيما إذا لم يقضه ، أما إن قضى رمى اليوم الأول فى الثانى أو الثالث أو الثانى فى الثالث ، فالإيجاب على قول أبى حنيفة رحمه الله لاعلى قولهما ، لأن

الامتداد شرط لا فى الليل ولا فى النهار فكيف جعلتم شرطا فى النهار دون الليل ؟ قلت : ترك ظاهره فى حق النهار بقوله صلى الله عليه وسلم « فادفعوا بعد غروب الشمس » فبقى الليل على ظاهره (وإن عاد إلى عرفة بعد غروب الشمس لايسقط عنه الدم فى ظاهر الرواية) وروى ابن شجاع عن أبى حنيفة أنه يسقط عنه الدم لأنه استدرك ما فاته لأن الواجب عليه الإفاضة بعد الغروب وقد أتى به ، فكان كمن جاوز الميقات حلالا ثم عاد إلى الميقات وأحرم . وجه الظاهر ماذكره فى الكتاب أن المتروك لايصير مستدركا ؛ معناه أن المتروك سنة الدفع مع الإمام وذلك ليس بمستدرك بعوده وحده لامحالة . وإذا عاد قبل غروب الشمس حتى أفاض مع الإمام بعد غروبها فقد اختلفوا فيه : فمنهم من قال : لايسقط عنه الدم لأن استدامة الوقوف قد انقطعت ولا يمكن تداركها فبقى عليه الدم . ومنهم من قال : يسقط لأنه استدرك سنة الدفع مع الإمام . قال (ومن ترك الوقوف بالمزدلفة) قد تقدم أن الوقوف بالمزدلفة ورمى الجمار من الواجبات ، فإذا تركهما يجب عليه الدم ، لكن إذا ترك رمى الجمار فى الأيام كلها وهى أربعة أيام : نحر خاص وتشريق خاص ويومان بينهما نحر وتشريق يكفيه دم واحد . وقال بعض المشايخ : يلزمه بترك رمى كل يوم دم لأن الجنايات وإن كانت جنسا واحدا لكن فى مجالس مختلفة فكان كمن قص أظافير يديه ورجليه فى مجالس مختلفة كما تقدم . ووجه ما فى الكتاب ماذكره فيه بقوله (لأن الجنس متحد) وكل ماكان كذلك لا تتعدد فيه الكفارة (كما فى الحلق) فإنه إن حلق شعر البدن كله يلزمه دم واحد ، وإن كان يلزمه دم واحد لو اقتصر على حلق الرأس أو ربعه . وقوله (والترك إنما يتحقق بغروب الشمس من آخر أيام الرمى) جواب ماقال ذلك البعض من المشايخ أن المجالس مختلفة . ووجه ذلك أن أيام الرمى كلها زمان واحد للرمى فلم يتحقق هناك اختلاف المجلس (لأنه لم يعرف قربة إلا فيها) على خلاف القياس فلا يتحقق الترك مادام فيها كالتضحية فى أيام النحر (فيرميها على التأليف) أى على الترتيب الذى شرع مادامت الأيام باقية ، بخلاف قص الأظافير فإن تركه ليس بموقت بزمان فيتحقق فيه اختلاف المجلس (ثم بتأخيرها) عن هذه الأيام (يجب الدم) وهو شاة

أن يلزمه ، فإيراد صاحب النهاية على حاله (قوله قلت ترك ظاهره الخ) أقول : لانسلم ذلك ، فإن إدراك الحج غير مشروط بالاستدامة بل المشروط بها تمامه ، فليس ظاهره متروكا فتأمل (قوله أن المتروك سنة الدفع مع الإمام) أقول : بل واجب الدفع بعد الغروب ، وإنما

عند أبي حنيفة خلافا لهما (وإن ترك رمي يوم واحد فعليه دم) لأنه نسك تام (ومن ترك رمي إحدى الجمار الثلاث فعليه الصدقة) لأن الكل في هذا اليوم نسك واحد فكان المتروك أقل إلا أن يكون المتروك أكثر من النصف فحينئذ يلزمه الدم لوجود ترك الأكثر (وإن ترك رمي جمرة العقبة في يوم النحر فعليه دم) لأنه كل وظيفة هذا اليوم رميا وكذا إذا ترك الأكثر منها (وإن ترك منها حصاة أو حصاتين أو ثلاثا تصدق لكل حصاة نصف صاع إلا أن يبلغ دما فينقص ماشاء) لأن المتروك هو الأقل فتكفيه الصدقة (ومن أخر الحلق حتى مضت أيام النحر فعليه دم عند أبي حنيفة . وكذا اذا أخر طواف الزيارة) حتى مضت أيام التشريق (فعليه دم عنده وقالا : لاشيء عليه في الوجهين) وكذا الخلاف في تأخير الرمي وفي تقديم نسك على نسك

تأخير النسك وتقديمه غير موجب عندهما شيئا (قوله إلا أن يكون المتروك أكثر من النصف) بأن يترك إحدى عشرة حصاة في غير اليوم الأول وأربع حصيات من جمرة العقبة في يوم النحر . وتفاصيل مسائل الرمي ظاهرة من الكتاب . وتقدم شيء منها في بحث الرمي فلا نعيده وارجع إليه (قوله وكذا إذا أخر طواف الزيارة) يعني عن أيام النحر ، بخلاف ما إذا أخر السعي عن طواف الزيارة حتى مضت أيام النحر لاشيء عليه لأنه أتى به بعده

(عند أبي حنيفة خلافا لهما ، وإن ترك رمي يوم واحد فعليه دم لأنه نسك تام) فإن قيل : هذا بظاهره يدل على أنه إذا نفر النفر الأول يجب عليه دم لأنه ترك رمي يوم . وليس كذلك فإنه مخير بين الإقامة والنفر وذلك آية التطوع فكيف يجب عليه دم ؟ أجيب بأن التخيير قبل طلوع الفجر من اليوم الرابع ، فأما إذا طلع فقد وجب عليه الإقامة والرمي ، فلو ترك وجب عليه الدم فكان كالتطوع يخير فيه قبل الشروع ويجب بعده . وقوله (ومن ترك رمي إحدى الجمار) مبناه على أن ماكان نسك يوم فتركه يوجب الدم ، وما كان بعضه الأقل فتركه يوجب الصدقة ، فعلى هذا إذا ترك جمرة العقبة يوم النحر يلزمه دم ، وإن تركها في بقية الأيام يلزمه صدقة ، وهذا إذا لم يقضه في أيام الرمي ، فأما إذا قضاه فيها فقد سقط الدم عندهما ولم يسقط عند أبي حنيفة رحمه الله . وقوله (فكان المتروك أقل) يعني إذا ترك رمي إحدى الجمار لأن المتروك حينئذ سبع حصيات والمأتي به أربع عشرة حصاة . وقوله (إلا أن يكون المتروك أكثر من النصف) استثناء منقطع من قوله : ومن ترك رمي إحدى الجمار : أي لكن إذا ترك أكثر من رمي إحدى الجمار وبلغ المتروك أكثر من نصف مثل أن يترك إحدى عشرة حصاة ويرمي عشر حصيات (فحينئذ يلزمه الدم لوجود ترك الأكثر) والأكثر يقوم مقام الكل . وقوله (لأنه كل وظيفة هذا اليوم رميا) نصب رميا على التمييز لأن فيه وظائف غيره كالذبح والحلق والطواف ، فلو اقتصره على قوله لأنه وظيفة هذا اليوم لم يكن على ماينبغي . وقوله (وكذا إذا ترك الأكثر منها) أي من جمرة العقبة . وقوله (إلا أن يبلغ دما) استثناء من قوله تصدق لكل حصاة نصف صاع : يعني إذا بلغ قيمة ماتصدق لكل حصاة قيمة الدم فحينئذ (ينقص من الدم ماشاء) حتى لايلزم التسوية بين الأقل والأكثر . وقوله (لأن المتروك هو الأقل) دليل قوله تصدق . قال (ومن أخر الحلق حتى مضت أيام النحر) هذا بناء على ما تقدم أن أبا حنيفة يوجب الدم بالتأخير خلافا لهما . وقوله (وكذا الخلاف في تأخير الرمي) أي في تأخير رمي جمرة العقبة عن يوم النحر وتأخير رمي الجمار من اليوم الثاني إلى الثالث أو من الثالث إلى الرابع . وقوله (وفي تقديم نسك على نسك) أي وكذا الخلاف في تقديم نسك على نسك

قال سنة الدفع لأن وجوبه ثابت بها ، وقوله مع الإمام بمعنى بعد الغروب على ماأسلفه (قوله وقوله إلا أن يكون المتروك أكثر من النصف استثناء منقطع الخ) أقول : فيه بحث .

كالحلق قبل الرمي ونحر القارن قبل الرمى والحلق قبل الذبح ، لهما أن ما فات مستدرك بالقضاء ولا يجب مع القضاء شيء آخر . وله حديث ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال : « من قدم نسكا على نسك فعليه دم » لأن التأخير عن المكان يوجب الدم فيما هو موقت بالمكان كالإحرام فكذا التأخير عن الزمان فيما هو موقت بالزمان

(قوله كالحلق قبل الرمى الخ) وفى موضع إن رمى قبل أن يطوف ورجع إلى أهله فعليه دم بالاتفاق . وليس على الحائض لتأخير طواف الزيارة عن أيام النحر شيء بالاتفاق للعذر ، حتى لو طهرت فى آخر أيام النحر ويمكنها أن تطوف قبل الغروب أربعة أشواط فلم تفعل كان عليها الدم لا إن أمكنها أقل منها. ولو طاف قبل الرمى يقع معتدا به وإن كان مسنونا بعد الرمى (قوله لهما أن مافات مستدرك بالقضاء الخ) ولهما أيضا من المنقول ما فى الصحيحين « أنه عليه الصلاة والسلام وقف فى حجة الوداع فقال رجل : يارسول الله لم أشعر فحلقت قبل أن أذبح، قال اذبح ولا حرج ، وقال آخر : يارسول الله لم أشعر فنحرت قبل أن أرمى ، قال : ارم ولا حرج ، فما سئل يومئذ عن شيء قدم ولا أخر إلا قال افعل ولاحرج » . والجواب أن نفى الحرج يتحقق بنفى الإثم والفساد فيحمل عليه دون نفى الجزاء ، فإن فى قول القائل لم أشعر ففعلت مايفيد أنه ظهر له بعد فعله أنه ممنوع من ذلك . فلذا قدم اعتذاره على سؤاله وإلا لم يسأل أو لم يعتذر . لكن قد يقال : يحتمل أن الذى ظهر له مخالفة ترتيبه لترتيب رسول الله صلى الله عليه وسلم فظن أن ذلك الترتيب متعين فقدم ذلك الاعتذار وسأل عما يلزمه به ، فبين عليه الصلاة والسلام فى الجواب عدم تعينه عليه بنفى الحرج ، وأن ذلك الترتيب مسنون لا واجب . والحق أنه يحتمل أن يكون كذلك ، وأن يكون الذى ظهر له كان هو الواقع إلا أنه عليه الصلاة والسلام عذرهم للجهل وأمرهم أن

(كالحلق قبل الرمى) سواء كان مفردا أو غيره (ونحر القارن) والمتمتع (قبل الرمى وحلق القارن) والمتمتع (قبل الذبح) وإنما خص القارن بذلك لأن المفرد إذا ذبح قبل الرمى أو حلق قبل الذبح فإنه لاشيء عليه لأن تأخير النسك لايتحقق فى حقه ههنا لكون الذبح غير واجب عليه . فإن قيل : تقديم نسك على نسك يستلزم تأخير نسك عن نسك فكان فى كلامه تكرار . فالجواب أنه أراد بالتأخير مايكون بحسب الأيام وبالتقديم مايكون بحسب الآنات فى يوم واحد فلا تكرار. لهما أن مافات مستدرك بالقضاء) وهو ظاهر ، وكل ماهو مستدرك بالقضاء لايجب فيه شيء غيره بالاستقراء فى أحكام الشرع (ولأبى حنيفة حديث ابن مسعود رضى الله عنه قال « من قدم نسكا على نسك فعليه دم » فإن قيل : ثبت فى الصحيحين عن عبد الله بن عمرو بن العاص « أنه صلى الله عليه وسلم وقف للناس بمنى يسألونه ، فجاء رجل وقال : نحرت قبل الرمى ، فقال عليه الصلاة والسلام : افعل ولا حرج ، فما سئل عليه الصلاة والسلام عن شيء قدم أو أخر إلا قال : افعل ولا حرج » وذلك دليل واضح على أن لاشيء فى التقديم والتأخير . فالجواب أنه متروك الظاهر لأنه يدل على ترك القضاء أيضا ، ويجوز أن يكون السائل مفردا وتقديم الذبح على الرمى لايوجب عليه شيئا كما ذكرنا ، وكذا غير ذلك مما ذكر . ويجوز أن يكون مما ليس بموقت فلا يوجب التأخير فيه شيئا . سلمناه ولكن يكون معارضا بما روينا من حديث ابن مسعود . وقيل : الصحيح أن راويه ابن عباس رضى الله عنهما فيصار إلى مابعدهما ، والقياس معنا على ماذكر فى الكتاب بقوله (ولأن التأخير عن المكان يوجب الدم فيما هو موقت بالمكان كالإحرام) فإن الحاج إذا جاوز الميقات بغير إحرام ثم أحرم وجب عليه الدم (فكذا التأخير عن الزمان فيما هو موقت بالزمان) بجامع تمكن نقصان التأخير

(قوله فكان فى كلامه تكرار) أقول : فيه بحث ، إذ لايلزم التكرار لظهور أن المراد فى تقديم نسك على نسك سوى ما ذكر أولا ، ولم يكتف بهذا مع إمكان الاكتفاء بعمومه جميع ماذكر إرادة التفصيل والتوضيح .

(وإن حلق فى أيام النحر فى غير الحرم فعليه دم . ومن اعتمر فخرج من الحرم وقصر فعليه دم عند أبى حنيفة ومحمد) رحمهما الله تعالى (وقال أبو يوسف) رحمه الله (لاشيء عليه) قال رضى الله عنه : ذكر فى الجامع الصغير قول أبى يوسف فى المعتمر ولم يذكره فى الحاج . قيل هو بالاتفاق لأن السنة جرت فى الحج بالحلق بمنى وهو من الحرم . والأصح أنه على الخلاف . هو يقول : الحلق غير مختص بالحرم لأن النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه أحصروا بالحديبية وحلقوا فى غير الحرم . ولهما أن الحلق لما جعل محللا صار كالسلام فى آخر الصلاة فإنه من واجباتها ، وإن كان محللا ، فإذا صار نسكا اختص بالحرم كالذبح وبعض الحديبية من الحرم فلعلهم حلقوا فيه . فالحاصل أن الحلق يتوقت بالزمان والمكان عند أبى حنيفة رحمه الله ، وعند أبى يوسف لايتوقت بهما وعند محمد يتوقت بالمكان دون الزمان . وعند زفر يتوقت بالزمان دون المكان .

يتعلموا مناسكهم ، وإنما عذرهم بالجهل لأن الحال كان إذ ذاك فى ابتدائه . وإذا احتمل كلا منهما فالاحتياط اعتبار التعيين والأخذ به واجب فى مقام الاضطراب فيتم الوجه لأبى حنيفة ، ويؤيده مانقل عن ابن مسعود رضى الله عنه «من قدم نسكا على نسك فعليه دم» بل هو دليل مستقل عندنا . وفى بعض النسخ : ابن عباس وهو الأعرف رواه ابن أبى شيبة عنه ولفظه « من قدم شيئا من حجه أو أخره فليهرق دما » وفى سنده إبراهيم بن مهاجر مضعف . وأخرجه الطحاوى بطريق آخر ليس ذلك المضعف : حدثنا ابن مرزوق ، حدثنا الخصيب ، حدثنا وهيب عن أيوب عن سعيد بن جبير عن ابن عباس مثله . قال : فهذا ابن عباس أحد من روى عنه عليه الصلاة والسلام « افعل ولا حرج » لم يكن ذلك عنده على الإباحة ، بل على أن الذى فعلوه كان على الجهل بالحكم فعذرهم وأمرهم أن يتعلموا مناسكهم . ومما استدل به قياس الإخراج عن الزمان بالإخراج عن المكان . وأما الاستدلال بدلالة قوله تعالى ـ فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية ـ الآية ، فإن إيجاب الفدية للحلق قبل أوانه حالة العذر يوجب الجزاء مع عدم العذر بطريق أولى فمتوقف على أن ذلك التأقيت الصادر عنه عليه الصلاة والسلام بالقول كان لتعينه لا لاستنانه . ونص المصنف على صور التقديم والتأخير يغنى عن ذكرنا لها ، وتخصيص القارن فى قوله ونحر القارن قبل الرمى ليس بلازم بل المتمتع مثله وذلك لأن ذبحه واجب بخلاف المفرد (قوله قيل هو بالاتفاق) أى الاتفاق على لزوم الدم للحاج لأن التوارث من لدن النبى عليه الصلاة والسلام وجميع الصحابة والتابعين ومن بعدهم من المسلمين جرى على الحلق فى الحج فى الحرم من منى وهو إحدى الحجج (قوله فالحاصل أن الحلق يتوقت بالزمان) وهو أيام النحر (والمكان) وهو الحرم (عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف لايتوقت بهما . وعند محمد بالمكان لا المكان . وعند زفر عكسه

فيهما . فإن قيل : معهما أيضا قياس . وهو القياس على سائر مايستدرك من العبادات بالقضاء فكان قياسكم فى حيز التعارض . فالجواب أن قياسنا مرجح بالاحتياط . فإن فيه الخروج عن العهدة بيقين . وقوله (وإن حلق فى أيام النحر) ظاهر (قال المصنف رحمه الله : ذكر محمد فى الجامع الصغير قول أبى يوسف فى المعتمر) أنه لاشيء عليه (ولم يذكره فى الحاج) إذا حلق خارج الحرم (فقيل) إنما لم يذكره لأنه (بالاتفاق) فى وجوب الدم (لأن السنة جرت فى الحج بأن يكون الحلق بمنى وهو من الحرم) فبتركه يلزم الجابر (والأصح أنه على الخلاف) عندهما يجب الدم ، وعند أبى يوسف لايجب شيء . ووجه الجانبين على ماذكر فى الكتاب واضح . وقوله (فالحاصل أن الحلق) يعنى فى الحج (يتوقت بالمكان والزمان) أى بيوم النحر والحرم (عند أبى حنيفة . وعند أبى يوسف لايتوقت بهما ، وعند محمد يتوقت بالمكان دون الزمان ، وعند زفر يتوقت بالزمان دون المكان) وإنما

(قال المصنف : فالحاصل أن الحلق يتوقت) أقول : يجوز أن يكون من قبيل « علفتها تبنا وماء باردا » فإن التوقت لايكون بالمكان بل

وهذا الخلاف فى التوقيت فى حق التضمين بالدم . وأما فى حق التحلل فلا يتوقت بالاتفاق . والتقصير والحلق فى العمرة غير موقت بالزمان بالإجماع لأن أصل العمرة لايتوقت به

وهذا الخلاف فى التضمين بالدم لا فى التحلل) يعنى أنه لاخلاف فى أنه فى أىّ مكان أو زمان أتى به يحصل به التحلل ، بل الخلاف فى أنه إذا حلق فى غير ماتوقت به يلزم الدم عند من وقته ولا شىء عليه عند من لم يوقته . ثم هو أيضا فى حلق الحاج ، أما المعتمر فلا يتوقت فى حقه بالزمان بالاتفاق بل بالمكان عند أبى حنيفة ومحمد خلافا لأبى يوسف . لأبى يوسف ومحمد فى نفى توقته بالزمان ما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال « اذبح ولاحرج » لمن قال حلقت قبل أن أذبح ، فدل على أنه غير موقت به ، وتقدم الجواب عن هذا . ولأبى يوسف وزفر فى نفى توقته بالمكان حلقه عام الحديبية بها وهى من الحل ، ولا فرق بين العمرة والحج فى هذا الحكم بالاتفاق . والجواب ما ذكر فى الكتاب من أن بعض الحديبية من الحرم فيجوز كون الحلق كان فيه ، فلا حجة إلا أن ينقل صريحا أن الحلق كان فى البعض الذى هو حل مع ما روى « أنه عليه الصلاة والسلام نزل بالحديبية فى الحل وكان يصلى فى الحرم » . فالظاهر أنه لم يحلق فى الحل وهو بسبيل من أن يحلق فى الحرم فيبقى التوارث الكائن فى الزمان والمكان خاليا عن المعارض ، وكذا ماقدمناه آنفا من قول ابن عباس فى الزمان ثم

قلنا : يعنى فى الحج لأن الحلق فى العمرة لايتوقت بالزمان بالإجماع . فإن قيل : إذا كان موقتا بهما كان كالوقوف فينبغى أن لايعتدّ به إذا حلق خارج الحرم كما لو وقف بغير عرفة أو طاف بغير البيت . فالجواب أن محل الفعل هو الرأس دون الحرم ، ولكنه جاز بالتأخير عن مكانه فيلزمه دم كما يلزمه بالتأخير عن وقته ، بخلاف ما ذكرتم من الوقوف والطواف فإن محل الفعل هو الجبل وحول البيت وبالخروج عنهما يتبدل المحل فلا يجوز . وجه قول أبى حنيفة على اختصاصه بالمكان قد علم من قوله وهما أن الحلق لما جعل محللا الخ . وأما على اختصاصه بالزمان فلأن الحلق للتحلل وهذا بالاتفاق ، وكل ماهو كذلك يوقت بالزمان كالطواف . ووجه قول أبى يوسف أما على عدم اختصاصه بالمكان فقد علم من قوله هو بقول الحلق غير مختص بالحرم الخ . وأما على عدم اختصاصه بالزمان فهو أن الحلق الذى هو نسك فى أوانه بمنزلة الحلق الذى هو جناية قبل أوانه ، فكما أن ذلك لايختص بزمان فكذلك هذا ، ولو أردت أن تجعله دليلا للشقين . قلت : فكما أن ذلك لايختص بزمان ومكان فكذلك هذا ، إذ لو كان مختصا بهما لما وقع معتدا به فى غير المكان والزمان كالوقوف بعرفة ، وقد عرفت جواب ذلك آنفا . ووجه قول محمد أما على اختصاصه بالمكان فقد علم من قوله ولهما أن الحلق الخ ، وأما على عدم اختصاصه بالزمان فهو دليل أبى يوسف على عدم اختصاصه بالزمان . ووجه قول زفر أن التحلل عن الإحرام معتبر بابتداء الإحرام وابتداؤه موقت بالزمان حتى كره تقديم إحرام الحج على أشهره دون المكان حتى جاز أن يحرم من حيث شاء قبل الميقات . فكذلك التحلل عنه يتوقت بالزمان دون المكان ، فلو أخر عن أيام النحر لزمه الدم ، ولو خرج من الحرم ثم حلق لم يلزمه شىء . وقوله (وهذا الخلاف) أى ماذكرناه بين علمائنا فى التوقيت (إنما هو فى حق التضمين بالدم ، وأما فى حق التحلل فلا يتوقت بالاتفاق) وقوله (لأن أصل العمرة لايتوقت به) أى

بالزمان ، ويجوز أن يرادبا لتوقت التعين مجازا (قوله فالجواب أن محل الفعل هو الرأس الخ) أقول : فيه بحث ، فإن محل الفعل فى الذبح هو الهدى ، ولا يجوز فى خارج الحرم كما سيجىء فى باب الهدى ، ولعل قول المصنف وهذا الخلاف فى التوقيت فى حق التضمين الخ يكفى مؤنة الجواب .

بخلاف المكان لأنه موقت به . قال(فإن لم يقصر حتى رجع وقصر فلا شيء عليه فى قولهم جميعا) معناه: إذا خرج المعتمر ثم عاد لأنه أتى به فى مكان فلا يلزمه ضمانه (فإن حلق القارن قبل أن يذبح فعليه دمان) عند أبى حنيفة رحمه الله: دم بالحلق فى غير أوانه لأن أوانه بعد الذبح ودم بتأخير الذبح عن الحلق . وعندهما يجب عليه دم واحد وهو الأول ، ولا يجب بسبب التأخير شيء على ما قلنا .

يلحق به المكان (قوله فإن لم يقصر حتى رجع) متصل بقوله فخرج من الحرم وقصر غير أنه فصل بالتقرير ونقل الأصل الخلافى (قوله وإن حلق القارن قبل أن يذبح فعليه دمان عند أبى حنيفة رحمه الله : دم بالحلق فى غير أوانه

بالزمان فإن ركنها الطواف وهو غير موقت بزمان ، وفيه نظر لأنها فى أيام النحر مكروهة فكانت موقتة ، والجواب أن كراهتها فيها ليست من حيث أنها موقتة بغيرها بل باعتبار أنه مشغول بأفعال الحج فيها، فلو اعتمر فيها لربما أخل بشيء من أفعاله فكرهت لذلك . وقوله (بخلاف المكان لأنه موقت به) متصل بقوله غير موقت بالزمان وإليه ذهب صاحب النهاية ، ويكون معناه : لأنه مؤقت به عند أبى حنيفة ومحمد بناء على ما تقدم من الأصح . ويجوز أن يكون متصلا بقوله لأن أصل العمرة لايتوقت به أى بالزمان ، بخلاف المكان لأنه : أى أصل العمرة يتوقت به فلا حاجة إلى التاويل (فإن لم يقصر المعتمر الذى خرج من الحرم حتى رجع إلى الحرم وقصر فيه فلا شيء عليه فى قولهم جميعا لأنه أتى به فى مكانه فلا يلزمه ضمان) ولو فعل الحاج ذلك لم يسقط عنه دم التأخير عند أبى حنيفة رحمه الله . وقوله (فإن حلق القارن قبل أن يذبح)يعنى إذاقدم القارن الحلق على الذبح(فعليه دمان عند أبى حنيفة : دم للقران ، ودم بتأخير الذبح عن الحلق . وعندهمايجب عليه دم واحد) وهو دم القران (ولا يجب بسبب التأخير شيء على ماقلنا) أن التأخير عنده يوجب الدم خلافا لهما . هذا تقرير المسألة على ماعليه أصل رواية الجامع الصغير ، فإن محمدا قال فيه : قارن حلق قبل أن يذبح ، قال : عليه دمان : دم القران ، ودم آخر لأنه حلق قبل أن يذبح . يعنى على قول أبى حنيفة ، وعلى هذا فما ذكره المصنف غير مطابق له لأنه قال : عليه دم بالحلق فى غير أوانه لأن أوانه بعد الذبح ، ودم بتأخير الذبح عن الحلق ، وهذا كما ترى يشير إلى أنهما دما جناية ولم يذكر دم القران ، وقال وعندهما : يجب عليه دم واحد وهو الأول : يعنى الذى يجب بالحلق فى غير أوانه لأنه لم يذكر أولا سواه ، ولم يذكر أيضا دم القران ، ومع عدم مطابقته فهو مناقض لقوله قبل هذا وقالا لا شيء عليه فى الوجهين جميعا إلى أن قال : والحلق قبل الذبح ، وعلى هذا كان الحق أن يقول : فعليه دمان عند أبى حنيفة :

(قوله وفيه نظر لأنها فى أيام النحر مكروهة فكانت موقتة) أقول : فيه أنها إذا كانت جائزة فيها لاتخرج من أن تكون وقتها (قوله وقوله بخلاف المكان ، إلى قوله : وإليه ذهب صاحب النهاية ، ويكون معناه لأنه موقت به عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله بناء على ما تقدم من الأصح ، ويجوز أن يكون متصلا الخ) أقول : أنت خبير بأنه ينبغى أن يكون المعنى على ما أفاده صاحب النهاية ، فإن المصنف لما بين الاختلاف فى توقت الحلق فى الحج بالزمان والمكان أراد أن يبين حال توقته فى العمرة بهما ، وعلى ما ذكره الشارح يبقى توقته بالمكان متروك الذكر هنا فتأمل (قال المصنف : فإن حلق القارن قبل أن يذبح فعليه دمان عند أبى حنيفة رحمه الله : دم بالحلق فى غير أوانه الخ) أقول: قال الإتقانى : قد خبط صاحب الهداية لأنه جعل الدمين جميعا هنا للجناية ، وجعل فى باب القران أحدهما للشكر والآخر للجناية اهـ. ولقائل أن يقول لاخبط إذ الواجب هناك دم الجناية على الإحرام بالحلق فى غير أوانه ، وأما فى تأخير الذبح فهو مرخص لايجب به الدم عنده ، إذ الفرض أنه لم يقدر على الهدى ولهذا لم ينقل هناك الخلاف بين أئمتنا، ولو كان الواجب دم جناية التأخير لكان لهما خلاف كما لا يخفى . فإن قلت : فكذلك فى الجناية على الإحرام ؟ قلت : نعم ولكن بالكفارة كما فى اليمين على المعصية ، وأما التأخير فإنه لما كان محل الاختلاف كان أدون وأمره أهون ، فتأمل (قوله وعلى هذا فما ذكره المصنف غير مطابق له) أقول : بل مطابق له على رواية الصدر الشهيد (قوله ومع عدم مطابقته فهو مناقض الخ) أقول : لامناقضة ، إذ المنفى فيما سبق دم التأخير والذى أثبته هنا دم الجناية على الإحرام فتأمل .

(فصل)

اعلم أن صيد البرّ محرّم على المحرم ، وصيد البحر حلال لقوله تعالى ـ أحل لكم صيد البحر ـ إلى آخر الآية .

لأن أوانه بعد الذبح ، ودم بتأخير الذبح عن الحلق)هذا سهومن القلم بل أحد الدمين لمجموع التقديم والتأخير والآخر دم القران ، والدم الذى يجب عندهما دم القران ليس غير لا للحلق قبل أوانه . ولو وجب ذلك لزم فى كل تقدم نسك على نسك دمان لأنه لاينفك عن الأمرين ولا قائل به . ولو وجب فى حلق القارن قبل الذبح لوجب ثلاثة دماء فى تفريع من يقول إن إحرام عمرته انتهى بالوقوف . وفى تفريع من لايراه كما قدمنا خمسة دماء لأن جنايته على إحرامين والتقديم والتأخير جنايتان فيهما أربعة دماء ودم القران .

(فصل فى جزاء الصيد)

(قوله اعلم أن صيد البرّ محرم الخ) أى قتله وإن لم يأكلهوأكله وإن ذكاه المحرم . وعن هذا لواضطر محرم إلى

دم للقران ، ودم بتأخير الذبح ، فكأنه سهو وقع منه أو من الكاتب ، ولا عيب فى السهو على الإنسان . فإن قيل : قد وقع فى عبارة بعض المشايخ : دم القران واجب إجماعا ودم آخر بسبب الجناية على الإحرام لأن الحلق لايحل إلا بعد الذبح واجب أيضا إجماعا ، ودم آخر عند أبى حنيفة بسبب تأخير الذبح عن الحلق فيجوز أن يكون المصنف قد اختار ذلك ولم يذكر دم القران من الجانبين ، وإنما ذكر الآخر وأشار إليه بقوله وهو الأول وذكر المختلف فيه . قلت : يأباه قوله فيما تقدم ، وقالا لاشىء عليه فى الوجهين ، فإنه تصريح بأنهما لايقولان فى هذه الصورة بوجوب شىء يتعلق بالكفارة أصلا ، على أنه مخالف لما هو الأصل فى وضع هذه المسألة وهو الجامع الصغير لمحمد رحمه الله . فإن قيل : فعلى ما ذكره محمد يجب عليه ثلاثة دماء لأن جناية القارن مضمونة بالدمين وهو اعتراض الإمام المحبوبى . فالجواب أن مايجب على المفرد فيه دم فعلى القارن دمان ، ولو قدم المفرد الحلق على الذبح لم يجب عليه شىء فلا يتضاعف على القارن .

(فصـــل)

لما كانت الجناية على الإحرام بالصيد نوعا آخر فصل عما قبله فى فصل على حدة (الصيد هو الحيوان الممتنع المتوحش فى أصل الخلقة) فقوله الحيوان بمنزلة الجنس . وقوله الممتنع وهو الذى يمنع نفسه عمن قصده إما بقوائمه أو بجناحيه يخرج الحيوانات الأهلية كالبقر والغنم ونحوهما والدجاج والبط . وقوله المتوحش فى أصل الخلقة يدخل فيه الحمام المسرول والظبى المستأنس ، وتخرج الإبل المتوحشة لأن الاستئناس فى الأول والتوحش فى الثانى عارضى لامعتبر به ، وهو على نوعين : برى وهو مايكون مولده ومثواه فى البر ، وبحرى وهو مايكون مولده ومثواه فى الماء ، والاعتبار للمولد لأنه الأصل ، فالبط والإوزبرّى لأن مولدهما البر ، والضفدع بحرى لأن مولده البحر (وصيد البحر حلال للمحرم) سواء كان مأكولا أولم يكن (وصيد البر محرم عليه لقوله تعالى ـ أحل لكم صيد البحر ـ الآية .

(قوله ودم آخر ، إلى قوله : واجب أيضا) أقول : قوله دم مبتدأ وقوله واجب خبره (قوله فإنه تصريح بأنهما لايقولان فى هذه الصورة بوجوب شىء يتعلق بالكفارة أصلا الخ) أقول : لانسلم ذلك ، بل المراد لايجب شىء بسبب تأخير النسك إذكان الكلام فيه (قوله لم يجب عليه شىء) أقول : فيه بحث ، فإنه إنما لم يجب عليه شىء لأنه لاجناية منه على إحرامه لعدم توقت الحلق فى حقه بكونه قبل الذبح ، وأما القارن فليس كذلك ، والأولى أن يقال فى الجواب : إنه لم يجن إلا على إحرام الحج لفراغه عن أفعال العمرة فيلزمه دم واحد فتأمل .

(فصـــل) اعلم أن صيد البر

وصيد البرّ مايكون توالده ومثواه فى البر . وصيد البحر مايكون توالده ومثواه فى الماء . والصيد هو الممتنع المتوحش فى أصل الخلقة ، واستثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمس الفواسق وهى : الكلب العقور . والذئب ، والحدأة ، والغراب ، والحية ، والعقرب . فإنها مبتدئات بالأذى . والمراد به الغراب الذى يأكل

أكل الميتة أو الصيد يأكل الميتة لا الصيد على قول زفر لتعدد جهات حرمته عليه . وعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله يتناول الصيد ويؤدى الجزاء لأن حرمة الميتة أغلظ ؛ ألا ترى أن حرمة الصيد ترتفع بالخروج من الإحرام فهى موقتة ، بخلاف حرمة الميتة فعليه أن يقصد أخف الحرمتين دون أغلظهما. والصيد وإن كان محظور الإحرام لكن عند الضرورة يرتفع الحظر فيقتله ويأكل منه ويؤدى الجزاء . هكذا فى المبسوط . وفى فتاوى قاضيخان أن المحرم إذا اضطر إلى ميتة وصيد فالميتة أولى فى قول أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف والحسن : يذبح الصيد . ولو كان الصيد مذبوحا فالصيد أولى عند الكل . ولو وجد صيدا ولحم آدمى كان ذبح الصيد أولى . ولو وجد صيدا وكلبا فالكلب أولى لأن فى الصيد ارتكاب المحظورين . وعن محمد : الصيد أولى من لحم الخنزير . فى هذا خلاف ماذكرناه من المبسوط (قوله وصيد البرّ الخ) ليس ما ذكره تعريفا لصيد البرّ بل للبرّى من الأشياء . ومراده تعريف البرّى مطلقا ثم الصيد مطلقا فيعرف منهما صيد البر ولذا أفرد بعده الصيد فقال : والصيد هو الممتنع الخ فينتظم منهما تعريف صيد البر . هكذا هو ماتوالده ومثواه فى البر مما هو ممتنع لتوحشه الكائن فى أصل الخلقة ، فيدخل الظبى المستأنس ويخرج البعير والشاة المتوحشان لعروض الوصف لهما ، وكون ذكاة الظبى المستأنس بالذبح والأهلى المتوحش بالعقر لاينافيه . لأن الذكاة بالذبح والعقر دائران مع الإمكان وعدمه لامع الصيدية وعدمها . ويخرج الكلب لأنه ليس بصيد سواء كان أهليا أو وحشيا ، لأن الكلب أهلى فى الأصل ، لكن ربما يتوحش ، وكذا السنور الأهلى ليس بصيد لأنه مستأنس . أما البرى منه ففيه روايتان عن أبى حنيفة هذا . والمعوّل عليه فى كونه بريا وبحريا التوالد فى البر والبحر لا مع كون مثواه فيه كظاهر عبارة الكتاب ، كذا فى النهاية . وعلى اعتباره لايجب الجزاء بقتل كلب الماء والضفدع المائى لأنه يعيش فى البر وهو مائى المولد . واختلف فى أنه هل يباح كل ماكان من صيد البحر أو ما يحل أكله منه فقط ؟ فى المحيط : كل مايعيش فى الماء يحل قتله وصيده للمحرم اه . قال بعضهم : كالسمك والضفدع والسرطان وكلب الماء . وفى مناسك الكرمانى : الذى يرخص من صيد البحر للمحرم هو السمك خاصة ، والأصح هو الأول لأن قوله تعالى ـ أحل

واستثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم) أى بين عدم دخولها فى الآية لأن حقيقة الاستثناء لاتتصوّر ، ولكنه لما كان عندنا لبيان أنه لم يدخل استعارة له (الخمس الفواسق وهى : الكلب العقور والذئب والحدأة والغراب والحية والعقرب) على ما ذكر فى الكتاب ، وهى ستة ، وسيأتى العذر عن ذلك ، وسميت فواسق استعارة لخبثهن ، وقيل لخروجهن من الحرمة لابتدائهن بالأذى ؛ ولما كان مشهورا جازت الزيادة به على الكتاب . ولا فرق فى الصيد بين المملوك والمباح والمأكول وغيره لتناول اسم الصيد ذلك كله .

(قال المصنف : وصيد البر مايكون توالده الخ) أقول : الموصول عبارة عن الصيد فلا يلزم عموم التعريف عن المعروف (قوله إما بقوائمه أو بجناحيه) أقول : فيخرج مثل السمك (قوله أى بين عدم دخولها إلى قوله استعارة له) أقول : ويجوز أن يكون استثنى بمعنى أظهر الاستثناء ، إذ يجوز أن يستثنى الله تعالى بوحى غير متلو فيظهره صلى الله عليه وسلم (قوله وسيأتى العذر عن ذلك) أقول : لايصلح ماذكره عذرا على ماسيشير إليه ، ويذكر العذر الصحيح إن شاء الله تعالى (قوله وقيل لخروجهن الخ) أقول : فإن الفسق بمعنى الخروج .

الجيف . هو المروى عن أبي يوسف رحمه الله . قال (وإذا قتل المحرم صيدا أودل عليه من قتله فعليه الجزاء) أما القتل فلقوله تعالى ـ لاتقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء ـ الآية نص على إيجاب الجزاء . وأما

لكم صيد البحر وطعامه ـ يتناول بحقيقته عموم ما فى البحر . وفى البدائع : أما صيد البحر فيحل اصطياده للحلال والمحرم جميعا مأكولا أو غير مأكول ، واستدل بالآية . وأما ما فى الأصل من قوله : والذى رخص للمحرم من صيد البحر هو السمك خاصة ، فأما طير البحر فلا يرخص فيه للمحرم ، فقد شرحه فى المبسوط بما يفيد تعميم الإباحة ، وأن المراد مايقابل المائى بالسمك ، فالضفدع جعله شمس الأئمة فى المبسوط من صيد البحر مطلقا ، وكذا قاضيخان . وينبغى قبل الحكم بالحل بناء على أن مولده فى البحر وإن كان يعيش فى البر تحقيق ذلك ، ومثله السرطان والتمساح والسلحفاة هذا . ويستثنى من صيد البر بعضه كالذئب والغراب والحدأة ، وأما باقى الفواسق فليست بصيود . وأما باقى السباع فالمنصوص عليه فى ظاهر الرواية أنه يجب بقتلها الجزاء لايجاوز شاة إن ابتدأها المحرم ، فإن ابتدأته بالأذى فقتلها فلا شيء عليه ، وذلك كالأسد والفهد والنمر والصقر والبازى . وأما صاحب البدائع فقسم البرى إلى مأكول وغيره ، والثانى إلى مايبتدئ بالأذى غالبا كالأسد والذئب والنمر والفهد ، وإلى ماليس كذلك كالضبع والثعلب ، فلا يحل قتل الأول والأخير إلا أن يصول . ويحل قتل الثانى ولا شيء فيه وإن لم يصل . وجعل ورود النص فى الفواسق ورودا فيها دلالة ، ولم يحك خلافا بل ذكره حكما مبتدأ مسكوتا فيه ، ثم رأيناه رواية عن أبي يوسف . قال فى فتاوى قاضيخان : وعن أبي يوسف الأسد بمنزلة الذئب ، وفى ظاهر الرواية السباع كلها صيد إلا الكلب والذئب اهـ . وسنذكر إن شاء الله تعالى ماهو الأسعد بالوجه فيما يأتى هذا ؛ ولا فرق فى وجوب الجزاء بين المباشرة والتسبيب إذا كان متعديا فيه ، فلو نصب شبكة للصيد أو حفر للصيد حفيرة فعطب صيد ضمن لأنه متعد . ولو نصب فسطاطا لنفسه فتعقل به فمات ، أو حفر حفيرة للماء أو لحيوان مباح قتله كالذئب فعطب فيها لا شيء عليه ، وكذا لو أرسل كلبه على حيوان مباح فأخذ مايحرم أو أرسله إلى صيد فى الحل وهو حلال فتجاوز إلى الحرم فقتل صيدا لاشيء عليه لأنه غير متعد فى التسبيب ، وكذا لو طرد الصيد حتى أدخله فى الحرم فقتله فيه فلا شيء عليه ، ولا يشبه هذا الرمى : يعنى لو رمى إلى صيد فى الحل فأصابه فى الحرم فإن عليه الجزاء لأنه تمت جنايته بالمباشرة . قال الشهيد : وهو قول أبي حنيفة فيما أعلم ، وفيه كلام نذكره فى صيد الحرم إن شاء الله تعالى . ولا ما لو انقلب محرم نائم على صيد فقتله يجب عليه الجزاء ، ذكره فى المحيط

قال (وإذا قتل المحرم صيدا أو دل عليه من قتله فعليه الجزاء) أما القتل فلما ذكره فى الكتاب وهو واضح ، وأما الدلالة فعلى القسمة العقلية أربعة أقسام : إما أن يكون الدال والمدلول حلالين أو محرمين ، أو الدال حلالا والمدلول محرما أو بالعكس من ذلك . والأول ليس مما نحن فيه ، والثانى على كل واحد منهما فيه جزاء كامل عندنا ، وفى الثالث على المدلول الجزاء دون الدال كذلك ، وفى الرابع عكسه . وقال الشافعى رحمه الله : لاشيء على الدال

(قال المصنف : فلقوله تعالى ـ لاتقتلوا الصيد وأنتم حرم ـ الآية) أقول : قال الله تعالى ـ ياأيها الذين آمنوا لاتقتلوا الصيد وأنتم حرم ، ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ماقتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة ، أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما ليذوق وبال أمره عفا الله عما سلف ، ومن عاد فينتقم الله منه والله عزيز ذو انتقام ـ قال فى تفسير المدارك : قوله تعالى ـ هديا ـ حال من الهاء فى به : أى يحكم به فى حال الهدى اهـ . ونحن نقول : ينبغى أن يكون حالا مقدرة : أى صائرا هديا ، وقوله أو كفارة معطوف على جزاء .

الدلالة ففيها خلاف الشافعي رحمه الله . هو يقول : الجزاء تعلق بالقتل والدلالة ليست بقتل، فأشبه دلالة الحلال حلالا . ولنا ما روينا من حديث أبي قتادة رضي الله عنه .

لأن المباشرة لايشترط فيها عدم التعدى ١ ومثله الكلب لو زجره بعد ما دخل الحرم وجب عليه الجزاء استحسانا، ومثله لو أرسل مجوسى كلبا على صيد فزجره محرم فانزجر فقتل الصيد فعليه جزاؤه ولا يؤكل . واعلم أن الجزاء يتعدد بتعدد المقتول إلا إذا قصد به التحلل ورفض إحرامه فى الأصل . ولو أصاب المحرم صيدا كثيرا على قصد الإحلال والرفض لإحرامه فعليه لذلك كله دم . وقال الشافعي : عليه جزاء كل صيد لأنه مرتكب محظور إحرامه بقتل كل واحد فيلزمه موجب كل واحد كما لو لم يقصد رفض الإحرام ، وهذا لأن قصده هذا ليس بشيء لأنه لايرتفض به الإحرام فوجوده كعدمه . وقلنا إن قتل الصيد من محظورات الإحرام ، وارتكاب محظورات العبادة يوجب ارتفاضها كالصوم والصلاة ، إلا أن الشرع جعل الإحرام لازما لايخرج عنه إلا بأداء الأعمال ، ألا ترى أنه حين لم يكن فى الابتداء لازما كان يرتفض بارتكاب المحظور ، وكذا الأمة إذا أحرمت بغير إذن سيدها والمرأة إذا أحرمت بغير إذن زوجها بحجة التطوع لما لم يكن ذلك لازما فى حق الزوج كان له أن يحللها بفعل شيء من المحظورات فكان هو فى قتل الصيد هنا قاصدا إلى تعجيل الإحلال إلى الجناية على الإحرام ، وتعجيل الإحلال يوجب دما واحدا كما فى المحصر ، بخلاف ما إذا لم يكن على قصد الإحلال لأنه قصد الجناية على الإحرام بقتل كل صيد فيلزمه جزاء كل صيد . وقد بينا أن جزاء الصيد فى حق المحرم ينبنى على قصده . حتى إن ضارب الفسطاط لايكون ضامنا للجزاء ، بخلاف ناصب الشبكة ، كذا فى المبسوط . ولو رمى إلى صيد فتعدى إلى آخر فقتلهما وجب عليه قيمتهما ، وكذا لو اضطرب بالسهم فوقع على بيضة أو فرخ فأتلفها لزماه جميعا. وروى أن جماعة نزلوا بيتا بمكة ثم خرجوا إلى منى فأمروا أحدهم أن يغلق الباب وفيه حمام من الطيور وغيرها ، فلما رجعوا وجدوها ماتت عطشا ، فعلى كل واحد منهم جزاؤها لأن الآمرين تسببوا بالأمر والمغلق بالإغلاق . ولو نفر صيدا فقتل صيدا آخر ضمنهما ، وكذا لو أرسل محرم كلبه فزجره آخر ضمن (قوله فأشبه دلالة الحلال حلالا) كون المدلول حلالا اتفاقى ، والمراد أشبه دلالة الحلال على صيد الحرم غيره حلالا أو محرما فإنه استحق الأمن بحلوله فى الحرم كما استحق الصيد مطلقا الأمن بالإحرام . فكما أن تفويت الأمن المستحق بالحرم لايوجب الجزاء كذا تفويت المستحق بالإحرام لايوجبه (قوله ولنا ما روينا من حديث أبي قتادة) أى فى باب الإحرام ، وتقدم تخريجه من الصحيحين وغيرهما وليس فيه هل دللتم بل قال عليه الصلاة والسلام « هل منكم أحد أمره أن يحمل

أصلا لأن الجزاء يتعلق بالقتل بالنص (والدلالة ليست بقتل فأشبه دلالة الحلال حلالا) وقوله حلالا ليس بقيد فإن المدلول إن كان محرما فالحكم كذلك (ولنا ما روينا من حديث أبي قتادة) رضى الله عنه « هل دللتم عليه ؟ هل

وقوله طعام بدل من كفارة أو خبر مبتدإ محذوف : أى هى طعام ، وقوله صياما تمييز للعدل (قال المصنف : فأشبه دلالة الحلال حلالا) أقول : قال ابن الهمام : كون المدلول حلالا اتفاق ، والمراد أشبه دلالة الحلال على صيد الحرم غيره حلالا كان أو محرما فإنه استحق الأمن بحلوله فى الحرم كما استحق الصيد مطلقا الأمن بالإحرام ، فكما أن تفويت الأمن المستحق بالحرم لايوجب الجزاء كذا تفويت المستحق بالإحرام لايوجبه اهـ . والوجه عندى أن قوله والذئب عطف تفسيرى للكلب العقور ترجيحا لقول من قال المراد بالكلب العقور الذئب كما سيجىء ، ووجهه أنه ليس بصيد فلا يحتاج إلى الاستثناء فتأمل (قال المصنف : ولنا ما روينا من حديث أبى قتادة رضى الله عنه) أقول : أى فى باب

---

(١) (قوله عدم التعدى) كذا فى النسخ ، ويظهر أن الصواب حذف لفظ عدم اهـ . كذا بخط العلامة البحراوى حفظه الله، كتبه مصححه .

وقال عطاء رحمه الله : أجمع الناس على أن على الدالّ الجزاء ، ولأن الدلالة من محظورات الإحرام ولأنه تفويت الأمن على الصيد إذ هو آمن بتوحشه وتواريه فصار كالإتلاف ، ولأن المحرم بإحرامه التزم الامتناع عن التعرض فيضمن بترك ما التزمه كالمودع

عليها أو أشار إليها ؟ قالوا لا ، قال : فكلوا مابقى من لحمها » وجه الاستدلال به على هذا أنه علق الحل على عدم الإشارة ، وهى تحصل الدلالة بغير اللسان فأحرى أن لايحل إذا دله باللفظ فقال هناك صيد ونحوه . قالوا : الثابت بالحديث حرمة اللحم على المحرم إذا دل . قلنا : فيثبت أن الدلالة من محظورات الإحرام بطريق الالتزام لحرمة اللحم فيثبت أنه محظور إحرام هو جناية على الصيد فنقول حينئذ : إنه جناية على الصيد بتفويت الأمن على وجه اتصل قتله عنها ففيه الجزاء كالقتل . وهذا هو القياس الذى ذكره المصنف بعد ذلك فلا يحسن عطفه على الحديث لأن الحديث لم يثبت الحكم المتنازع فيه وهو وجوب الكفارة بل محل الحكم . ثم ثبوت الوجوب المذكور فى المحل إنما هو بالقياس على القتل . وعن هذا الوجه والقياس الآخر الذى سنذكره وهو إلحاق الدالّ بالمودع . وقول عطاء : أجمع الناس على أن على الدال الجزاء وليس الناس إذ ذاك إلا الصحابة والتابعين يجب أن يحمل ماعن ابن عمر أن لاجزاء على الدال على دال لم يقع عن دلالته قتل دفعا لتوهم أن مجرد الدلالة موجبة للجزاء . هذا وحديث عطاء غريب ، وذكره ابن قدامة فى المغنى عن على وابن عباس ، على أن قول الطحاوى هو مروى عن عدة من الصحابة رضى الله عنهم ، ولم يرو عن غيرهم خلافه فكان إجماعا يتضمن رد الرواية عن ابن عمر (قوله كالمودع) هذا هو القياس الآخر . وتقريره التزم عدم التعرض للصيد بعقد خاص فيضمن ما تلف عن ترك ما التزمه ، كالمودع فإنه التزم الحفظ كذلك فيضمن لو دل سارقا على الوديعة فسرقها ، بخلاف الحلال الذى قاس هو عليه لأنه لم يلتزم عدم التعرض لصيد الحرم ولا للمسلم بعقد خاص بل بعموم حكم الإسلام ، وترك ذلك

أشرتم إليه» على ماتقدم فى باب الإحرام. فإنه يدل على أن الدلالة من محظورات الإحرام. فإن قيل : خبر واحد لايقاوم النص الصريح . قلت : ماتقدم فى النص ذكر القتل وتخصيص الشىء بالذكر لايدل على نفى الحكم عما عداه والحديث يدل على ذلك فيثبت الحكم به (وقال عطاء) هو ابن أبى رباح تلميذ ابن عباس رضى الله عنهما (أجمع الناس على أن على الدال الجزاء) قال الطحاوى : ولم يرو عن أحد من الصحابة خلاف ذلك فصار ذلك إجماعا . وردّ بأنه روى عن ابن عمر رضى الله عنهما : ليس على الدال الجزاء . وأجيب بأنه ليس بثابت ، ولئن كان حمل على ما إذا دل ولم يقتله المدلول فإن الإجماع فيما إذا قتله فكان كلامه غير متعرض لمحل الإجماع (ولأن الدلالة من محظورات الإحرام) والإقدام عليها يوجب الجزاء لا محالة (ولأنه) أى الدلالة ، وذكر الضمير نظرا إلى الخبر وهو (تفويت الأمن من الصيد) أى الدلالة تفوّت الأمن من الصيد (لأنه آمن بتوحشه) من الناس (وتواريه) عن أعينهم ، وبالدلالة يزول ذلك (فصارت كالإتلاف) وقوله (ولأن المحرم) دليل آخر يتضمن الجواب عن قول الخصم فأشبه دلالة الحلال . وتقريره أن المحرم بإحرامه التزم الامتناع عن التعرض لأنه عقد خاص يتضمن

الإحرام ، وفيه أنه لايدل على الجزاء الخ (قوله فإنه يدل على أن الدلالة الخ) أقول : المقصود بالإثبات إنما هو وجوب الجزاء على هذا التفصيل الواقع فى النظم لامجرد كونه من محظورات الإحرام (قوله ولأن الدلالة من محظورات الإحرام الخ) أقول : جعل كل واحد من قولى المصنف ولأن الدلالة الخ ولأنه تفويت الأمن الخ إشارة إلى دليل مستقل على المطلوب ، ولا يخفى عليك وهنه فإن الإقدام على محظور الإحرام لايوجب الجزاء الذى نحن بصدد إثباته ألبتة فلابد من بيان كون هذا المحظور فى معنى الإتلاف حتى يتم المرام ، ويؤيد كون الثانى من تتمة الأول ترك اللام التعليلية فيه فى كلام المصنف (قوله وذكر الضمير نظرا إلى الخبر وهو تفويت الأمن من الصيد) أقول : أو تكون

بخلاف الحلال لأنه لاالتزام من جهته . على أن فيه الجزاء على ماروى عن أبى يوسف وزفر رحمهما الله ، والدلالة الموجبة للجزاء أن لايكون المدلول عالما بمكان الصيد وأن يصدّقه فى الدلالة ، حتى لو كذبه وصدق غيره لاضمان على المكذب (ولو كان الدالّ حلالا فى الحرم لم يكن عليه شيء) لما قلنا (وسواء فى ذلك العامد والناسى) لأنه ضمان يعتمد وجوبه الإتلاف

يوجب استحقاق عذاب الآخرة . فلهذا لو دل سارقا على مال مسلم أو نفسه فقتله تأخر جزاؤه الأعظم إلى الآخرة ، ويعزّر فى الدنيا من غير تضمين وإن كانت جنايته أعظم من دلالة المحرم على الصيد (قوله لاضمان على المكذب) يفيد لزوم الضمان على المصدق . وفى الكافى : لو أخبر محرما بصيد فلم يره حتى أبصره محرم آخر فلم يصدق الأول ولم يكذبه ثم طلب الصيد فقتله كان على كل واحد منهما الجزاء . ولو كذب الأول لم يكن عليه جزاء . ومن شرائطها أيضا أن يتصل بها القتل . وأن يبقى الدال محرما إلى أن يقتله الآخذ ، وأن لاينفلت ، فلو انفلت ثم أخذه فلا شيء على الدال لانتهاء دلالته بالانفلات والأخذ ثانيا إنشاء لم يكن عن عين تلك الدلالة . ولو أمره بقتله بعدما أخذه ينبغى أن يضمن . وعلى هذا إذا أعاره سكينا ليقتله بها وليس مع الآخذ ما يقتله به أو قوسا أو نشابا يرميه به ، وقد قدمنا من روايات الحديث فى باب الإحرام عند مسلم هل أعنتم ، ولا شك أن إعارة السكين إعانة عليه . وما فى الأصل من أنه لاجزاء على صاحب السكين حمل على ما إذا كان المستعير يقدر على ذبحه بغيرها ، وصرح فى السير بأن على صاحب السكين الجزاء ، وكذا لو دل على قوس ونشاب من رآه ولا يقدر على قتله لبعده . واعلم أن صريح عبارة الأصل فى الإعارة أنه لاجزاء على صاحب السكين ويكره له ذلك . قال شمس الأئمة فى المبسوط : أكثر مشايخنا يقولون تأويل هذه المسألة أنه إذا كان مع المحرم القاتل سلاح يقتل به لأنه متمكن من قتله ، فأما

ذلك شرعا ، والدلالة مباشرة لخلاف ما التزم وذلك يوجب الضمان كدلالة المودع السارق على الوديعة (بخلاف الحلال) فإنه لم يلتزم شيئا (على أن فيه) أى فيما إذا دل الحلال على صيد الحرم (الجزاء على ماروى عن أبى يوسف وزفر رحمهما الله ، والدلالة الموجبة للجزاء أن لايكون المدلول عالما بمكان الصيد) لأنه إذا علمه لم يكن زوال الأمن بدلالته فلا يكون فى معنى الإتلاف (وأن يصدّقه فى الدلالة) ليكون فى معنى الإتلاف (أما إذا كذبه وصدّق غيره فلا ضمان على المكذب) وفيه إشارة إلى أن الضمان على ذلك الغير إن كان محرما ، وههنا شروط أخر لم يذكرها : أحدها أن يتصل القتل بهذه الدلالة لأن مجرد الدلالة لايوجب شيئا . والثانى أن يبقى الدال محرما عند أخذ المدلول لأن فعله إنما يتم جناية إذا بقى محرما إلى وقت القتل . والثالث أن يأخذه المدلول قبل أن ينفلت . فلو صدقه ولم يقتله حتى انفلت ثم أخذه بعد ذلك فقتله لم يكن على الدال شيء لأن ذلك بمنزلة جرح اندمل (ولو كان الدال حلالا فى الحرم لم يكن عليه شيء لما قلنا) إنه لا التزام من جهته . فإن قيل : بل من جهته التزم بعقد الإسلام أن لايتعرض لصيد الحرم . أجيب بأن عقد الإسلام ليس بكاف فى ذلك ، بل لابد من عقد خاص كما فى عقد الوديعة . ألا ترى أن المسلم التزم بعقد الإسلام أن لايتعرض لأموال الناس ، ثم لو دل سارقا على مال إنسان فأخذه لا ضمان على الدال (والعامد والناسى فى وجوب الجزاء سواء) كانا قاتلين أو دالين (لأنه ضمان يعتمد وجوبه الإتلاف) لقوله تعالى ـ ومن قتله منكم ـ وكل ضمان يعتمد وجوبه الإتلاف فالعامد فيه كالناسى كما فى غرامات الأموال . فإن قيل :

الدلالة فى تأويل أن مع الفعل (قوله والثالث أن يأخذه المدلول) أقول : والأولى أن يقال أن يقتله المدلول .

فأشبه غرامات الأموال (والمبتدئ والعائد سواء) لأن الموجب لايختلف

إذا لم يكن معه مايقتل به ينبغي أن يجب الجزاء لأن التمكن بإعارته له ، وإلى هذا أشار فى السير . قال شمس الأئمة والأصح عندى أنه لايجب الجزاء على المعير على كل حال لوجهين حاصل الأول أن معنى الصيدية تلف بأخذ المستعير للصيد فأخذه قتل حكما ثم يقتله حقيقة ، وإعارة السكين ليس بإتلاف حقيقة ولا حكما ، بخلاف الدلالة فإنه إتلاف لمعنى الصيدية من وجه حيث أعلم به من لايقدر الصيد على الامتناع منه . والثانى أن إعارة السكين تتم بالسكين لا بالصيد فإنها صحيحة و إن لم يكن صيد إذ لايتعين استعماله فى قتل الصيد ، بخلاف الإشارة إلى قتل الصيد فإنها متصلة بالصيد ليس فيها فائدة أخرى سوى ذلك ، ولا يتم ذلك إلا بصيد هناك ولذا يتعلق وجوب الجزاء بها . ولو أمر المحرم غيره بأخذ صيد فأمر المأمور آخر فالجزاء على الآمر الثانى لأنه لم يتمثل أمر الأول لأنه لم يأمره بالأمر ، بخلاف ما لو دل الأول على الصيد وأمره فأمر الثانى ثالثا بالقتل حيث يجب الجزاء على الثلاثة ، وكذا الإرسال ؛ فلو أرسل محرم محرما إلى محرم يدله على صيد فقتله المرسل إليه فعلى كل من الثلاثة الجزاء . وعن أبى يوسف : لو قال خلف هذا الحائط صيد فإذا صيد كثير فأخذه ضمن الدال كله ، فلو رأى واحدا فدل عليه فإذا عنده آخر فقتلهما المدلول كان على الدال جزاء الأول فقط . كما لو دله على واحد تنصيصا والباقى بحاله . ولو قال خذ أحد هذين وهو يراهما فقتلهما كان على الدال جزاء واحد ، وإن كان لايراهما فعليه جزاءان لأنه بالأمر بأخذ أحدهما دال على الآخر لما لم يعلم المأمور بهما (قوله فأشبه غرامات الأموال) من حيث أن الضمان يدور

ليس هذا كغرامات الأموال : ألا ترى أن رجلين لو اشتركا فى إتلاف شاة الغير كان على كل منهما نصف القيمة ، وإن اشتركا فى قتل صيد كان على كل واحد منهما جزاء كامل . فالجواب أن مناط الإلحاق مدار به الإتلاف للضمان وقد وجدت ، والاتحاد فى جميع الجهات يرفع التعدد ويبطل القياس . فإن قيل : هذا تعليل على مخالفة النص القاطع لقوله تعالى ـ ومن قتله منكم متعمدا ـ نص على التعمد وهو يخالف النسيان . فالجواب أن التخصيص بالذكر لايدل على نفى الحكم عما عداه فجاز أن يثبت حكم النسيان بدليل آخر وهو قوله صلى الله عليه وسلم « الضبع صيد وفيه شاة » من غير فصل بين عمد ونسيان ، وهو مذهب عمر وعبد الرحمن بن عوف وسعد ابن أبى وقاص رضى الله عنهم . فإن قيل : فما فائدة قوله متعمدا ؟ أجيب بأنها التنبيه لأن الدلالة قد قامت على أن صفة التعمد فى القتل تمنع وجوب الكفارة فأعلم الله تعالى ههنا بأنها إذا وجبت فى العمد فلأن تجب فى الخطإ أولى (والمبتدئ والعائد) فى وجوب الكفارة (سواء) لأن العلة الموجبة كما وجدت ابتداء فقد وجدت انتهاء فى المرة الثانية ، فلو تخلف الحكم عنه بطلت . فإن قيل : قال الله تعالى ـ ومن عاد فينتقم الله منه ـ جعل كل جزائه بالفاء انتقام الله فلا يكون له منه موجب سواه كما عرف . فالجواب أن هذا متمسك ابن عباس وداود الظاهرى فى أن موجب العائد أن يقال له اذهب فينتقم الله منك ، ولكنا نقول : إن ذلك إذا عاد مستحلا أو مستحقا به كما فى قوله تعالى فى باب الربا ـ ومن عاد فأولئك أصحاب النار ـ الآية ، وأما إذا لم يكن كذلك فعليه الجزاء عملا بدلالة

(قوله فالجواب أن مناط الإلحاق ، إلى قوله : ويبطل القياس) أقول : فيه بحث (قوله فجاز أن يثبت حكم النسيان بدليل آخر وهو قوله صلى الله عليه وسلم) أقول : وبالقياس المار أيضا (قوله على أن صفة التعمد فى القتل تمنع الخ) أقول : مسلم فى الآدمى ، ولكن قتل البهيمة سيما إذا كان مباح الأصل لايشبهه فلا يكون خطؤه أولى بها كما لايخفى (قوله ولكنا نقول : إن ذلك إذا عاد مستحلا أو مستحقا به الخ) أقول : لهما أن يقولا : ما الدليل على هذا التقييد ، ولم لايجوز أن يكون العود متعمدا يمنع وجوب الكفارة لعظم الذنب وإلحاق العائد بالمبتدى بالدلالة كإلحاق المخطئ

(والجزاء عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن يقوّم الصيد في المكان الذي قتل فيه أو في أقرب المواضع منه إذا كان في برية فيقوّمه ذوا عدل، ثم هو مخير في الفداء إن شاء ابتاع بها هديا وذبحه إن بلغت هديا، وإن شاء اشترى بها طعاما وتصدق على كل مسكين نصف صاع من بر أو صاعا من تمر أو شعير . وإن شاء صام) على ما نذكر . وقال محمد والشافعي : يجب في الصيد النظير فيما له نظير، ففي الظبي شاة . وفي الضبع شاة . وفي الأرنب عناق،

مع الإتلاف غير مقيد بالعمد لا مطلقا ، فإن هذا الضمان يتأدى بالصوم (قوله وقال محمد والشافعي الخ) ذكر في النهاية أن الخلاف في فصول : الأول أن الواجب عندهما القيمة . وعند محمد والشافعي النظير فيما له نظير . الثاني أن الذي إلى الحكمين تقويم المقتول ، فإذا ظهرت قيمته فالخيار إلى القاتل بين أن يشتري بها هديا يهديه أو طعاما يتصدق به أو يصوم عن كل طعام مسكين يوما ، وعند محمد والشافعي إلى الحكمين . فإذا عينا نوعا لزمه اهـ . وقال غيره : الخيار في تعيين الهدي والإطعام والصيام إلى الحكمين . فإذا حكما بالهدي فالمعتبر فيما له مثل ونظير من حيث الخلقة ماهو مثله ففي الضبع شاة الخ . والحاصل أن المشايخ اختلفوا في تعيين قول محمد حكى الطحاوي عنه أن الخيار إلى الحكمين ، فإن حكما عليه بالهدي نظر القاتل إلى نظيره من النعم من حيث الخلقة إن كان الصيد مما له نظير سواء كانت قيمة نظيره مثل قيمته أو أقل أو أكثر لا ينظر إلى القيمة فيجب. وإن لم يكن له نظير كسائر الطيور تعتبر قيمته كما قالا . وحكى الكرخي قول محمد أن الخيار إلى القاتل غير أنه إن اختار الهدي تعين النظير فيما له نظير ؛ وعند الشافعي يجب النظير ابتداء من غير اختيار أحد ، وله أن يطعم ويكون الطعام بدلا عن النظير لا عن الصيد كذا في البدائع . وعن زفر رحمه الله عدم جواز الصوم حالة القدرة على الهدي والإطعام ، قاسه على كفارة اليمين والظهار وهدي المتعة ، وقال حرف «أو» لا ينفي الترتيب كما في قطاع الطريق . ودفع بأن شرط القياس عدم النص في الفرع ، والنص الكائن فيه يوجب التخيير بحقيقة «أو» وإعمالها في موضع في مجازيها لدليل لا يجوز اعتبارها كذلك في كل موضع لعدم الدليل فيها (قوله ففي الأرنب عناق الخ) العناق : الأنثى من أولاد المعز ، والجدي الذكر ، وهما دون الجذع ، والجفر : مابلغ أربعة أشهر من

النص . وقوله (والجزاء عند أبي حنيفة وأبي يوسف أن يقوّم الصيد) يعني يقوّمه ذوا عدل من حيث أنه صيد لا من حيث ما زاد عليه صنعة ، فإذا قتل المحرم بازيه المعلم فعليه قيمته غير معلم وطولب بالفرق بينه وبين ما إذا قتله لغيره فإنه يجب قيمته معلما . وأجيب بأن وجوب الجزاء باعتبار معنى الصيدية وهو التوحش والتنفر عن الناس ، وكونه معلما لا مدخل له في ذلك بل ينتقص به ذلك فلا يدخل في الجزاء . وأما وجوب القيمة في الإتلاف فباعتبار المالية وهي بالانتفاع ، وذلك يزداد بكونه معلما فيدخل في الضمان . وإنما قيد بقوله صنعة لأنه إذا كانت الزيادة بأمر خلقي كما إذا كان طير يصوّت فازداد قيمته لذلك ففي اعتبار ذلك في الجزاء روايتان : في رواية لا يعتبر لأنه ليس من معنى الصيدية في شيء . وفي أخرى يعتبر لأنه وصف ثابت بأصل الخلقة كالحمام إذا كان مطوّقا ، وقوله (ثم هو) يعني القاتل (مخير في الفداء) ظاهر (وقال محمد والشافعي رحمهما الله : يجب في الصيد النظير فيما له نظير) أي في المنظر لا في القيمة (ففي الظبي شاة) ظاهر ، واستدلا على ذلك بقوله تعالى ـ فجزاء مثل ماقتل من النعم ـ ووجهه أن مثل المقتول من النعم مايشبه المقتول صورة لأن من النعم بيان

بالمتعمد عندهما فإن العائد أعظم جرما من المبتدئ ، ألا ترى أن الصغيرة بالإصرار تصير كبيرة (قال المصنف : والجزاء عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن يقوم الصيد في المكان الذي قتل فيه) أقول : فيه تسامح لظهور أن الجزاء ليس التقويم بل أحد الأشياء الثلاثة.

وفى اليربوع جفرة، وفى النعامة بدنة . وفى حمار الوحش بقرة لقوله تعالى ـ فجزاء مثل ما قتل من النعم ـ ومثله من النعم ما يشبه المقتول صورة لأن القيمة لا تكون نعما . والصحابة رضى الله عنهم أوجبوا النظير من حيث الخلقة والمنظر فى النعامة والظبي وحمار الوحش والأرنب على ما بينا . وقال صلى الله عليه وسلم « الضبع صيد وفيه شاة » وما ليس له نظير عند محمد رحمه الله تجب فيه القيمة مثل العصفور والحمام وأشباههما . وإذا وجبت القيمة كان قوله كقولهما . والشافعى رحمه الله يوجب فى الحمامة شاة ويثبت المشابهة بينهما من حيث إن كل واحد منهما يعبّ ويهدر . ولأبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله أن المثل المطلق هو المثل صورة ومعنى ، ولا يمكن الحمل عليه فحمل على

العناق ، والأنثى جفرة بالجيم (قوله فلقوله تعالى ـ فجزاء مثل ما قتل من النعم ـ) بناء على حمل المثل على المماثل فى الصورة، ولفظ ـ من النعم ـ بيان للجزاء أو للمثل ، والقيمة ليست نعما ولذا أوجب الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين المثل من حيث الصورة فى موطإ مالك ، أخبرنا أبو الزبير عن جابر « أن عمر قضى فى الضبع بكبش ، وفى الغزال بعنز ، وفى الأرنب بعناق ، وفى اليربوع بجفرة » وروى الشافعى حديثا « أن عمر وعثمان وعليا وزيد بن ثابت وابن عباس ومعاوية رضوان الله عليهم قالوا : فى النعامة يقتلها المحرم بدنة من الإبل ، وفيه ضعف وانقطاع ، فلذا قال عقيبه : إنما نقول إن فى النعامة بدنة بالقياس لا بهذا الأثر لأنه غير ثابت عند أهل العلم بالحديث اه . لكن أخرج البيهقى عن ابن عباس قال « فى حمامة الحرم شاة ، وفى بيضتين درهم ، وفى النعامة جزور ، وفى البقرة بقرة ، وفى الحمار بقرة» (وقال صلى الله عليه وسلم « الضبع صيد وفيه شاة ») رواه أبو داود عن جابر بن عبد الله قال « سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الضبع أصيد هو ؟ قال نعم ، ويجعل فيه كبش إذا أصابه المحرم » وأخرجه أيضا الحاكم عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الضبع صيد ، فإذا أصابه المحرم ففيه كبش مسنّ ويؤ كل » وقال صحيح ، ولم يخرجاه (قوله ولأبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله أن المثل المطلق هو المثل صورة ومعنى) وهو المشارك فى النوع ، وهو غير مراد هنا بالإجماع ، فبقى أن يراد المثل معنى وهو القيمة ،

للمثل (والقيمة لا تكون نعما ، وبأن الصحابة رضى الله عنهم) وهم عمر وعلى وعبد الله بن مسعود (أوجبوا النظير على ما بينا) يعنى قوله فى الظبى شاة وفى الضبع شاة وفى اليربوع جفرة وهى التى بلغت أربعة أشهر الخ (وما ليس له نظير) من حيث الخلقة (مثل العصفور والحمام وما أشبههما يجب فيه القيمة عند محمد ، وإذا وجبت القيمه كان قوله كقول أبى حنيفة وأبى يوسف) والشافعى يعتبر المماثلة من حيث الصفات فأوجب فى الحمام شاة لمشابهة بينهما (من حيث إن كل واحد منهما يعبّ ويهدر) العب من باب طلب : أى يشرب الماء بمرة من غير أن يقطع الجرع ، قاله أبو عمرو ، والحمام يشرب هكذا بخلاف سائر الطيور فإنها تشرب شيئا فشيئا ، ويقال هدر البعير والحمام إذا صوّت من باب ضرب (ولأبى حنيفة وأبى يوسف أن) الله تعالى أطلق المثل و (المثل المطلق هو المثل صورة ومعنى ولا يمكن الحمل عليه) لخروج ما ليس له مثل صورى من تناول النص ، وفى ذلك إهماله عن حكم الشرع فحمل على المثل معنى لكونه معهودا فى الشرع كما فى حقوق العباد ، أو لكون المثل المعنوى مرادا بالإجماع فيما لا مثل له صورة فلا يكون غيره مرادا وإلا لزم عموم المشترك ، أو الجمع بين الحقيقة والمجاز وكلاهما غير جائز هذا ما قالوا . واعترض بأن المثل ليس بمشترك بين المثل صورة وبينه معنى ، ولا هو حقيقة فى أحدهما

(قوله ولا يمكن الحمل عليه لخروج ما ليس له مثل) أقول : قيل لا يتناول النص حينئذ شيئا من الصيود لانتفاء المماثلة بين الحيوانات صورة ومعنى.

المثل معنى لكونه معهودا فى الشرع كما فى حقوق العباد أو لكونه مرادا بالإجماع ، أو لما فيه من التعميم ، وفى ضده التخصيص . والمراد بالنص والله أعلم : فجزاء قيمة ماقتل من النعم الوحشى . واسم النعم ينطلق على الوحشى والأهلى ، كذا قاله أبو عبيدة والأصمعى رحمهما الله . والمراد بما روى التقدير به دون إيجاب المعين .

وهذا لأن المعهود فى الشرع فى إطلاق لفظ المثل أن يراد المشارك فى النوع أو القيمة . قال تعالى فى ضمان العدوان ـ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ـ والمراد الأعم منهما . أعنى المماثل فى النوع إذا كان المتلف مثليا والقيمة إذا كان قيميا بناء على أنه مشترك معنوى ، والحيوانات من القيميات شرعا إهدارا للمماثلة الكائنة

مجاز فى الآخر حتى يلزم ما ذكرتم ، بل هو مطلق يتناولهما كالرقبة تتناول المؤمنة والكافرة فيدخل تحته المثل المطلق الصورى والمعنوى كما فى قوله تعالى ـ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ـ دخل ماله مثل صورة ومعنى كما فى المثليات ، وما ليس له مثل إلا معنى كالقيميات . والجواب أن المطلق مايتعرض للذات دون الصفات لا بالنفى ولا بالإثبات فهو الدال على الماهية فقط وذلك يتحقق تحت كل فرد من أفراده المحتملة ، فلو كان دالا على ذلك لوجب النعامة عن النعامة ، وليس كذلك بل هو حقيقة عرفية فى المطلق ومجاز فى غيره . والمجاز ههنا مراد بالإجماع فلا يكون غيره مرادا ، وبمثل ذلك نقول فى الآية الأخرى ، أما على قول من يقول موجب الغصب القيمة ورد العين مخلص فظاهر لأن الموجب الأصلى أولى بالإرادة : ورد العين ثبت بقوله عليه الصلاة والسلام « على اليد ماأخذت حتى ترده » وأما على قول من يقول موجب الغصب رد العين وأداء القيمة مخلص فكذلك تكون القيمة ثابتة بالكتاب ورد العين بالسنة ، وهذا الحل من خواص هذا الشرح وجهد المقل دموعه . وقوله (أو لما فيه من التعميم) دليل آخر : يعنى فى اعتبار المثل معنى تعميم لأنه يتناول ماله نظير وما ليس له نظير (وفى ضده) أى فى اعتبار المثل صورة (تخصيص) لتناوله ماله نظير فقط . والعمل بالتعميم أولى لكون النص حينئذ أعم فائدة . وقوله (والمراد بالنص) جواب عن قوله لأن القيمة لاتكون نعما . وتقريره أن المراد بالآية فجزاء هو قيمة ماقتل من النعم الوحشى لأن المثل بمعنى القيمة على ما بينا ، ومن النعم بيان لما قتل . والمراد من النعم النعم الوحشى لأن الجزاء إنما يجب بقتله لابقتل الحيوان الأهلى . وقد ثبت أن النعم كما يطلق على الأهلى فى اللغة يطلق على الوحشى ، قاله أبو عبيدة والأصمعى . فإن قيل : ماتصنع بقوله هديا وهو حال من جزاء ، فإذا كان الجزاء القيمة كيف يمكن أن يكون هديا بالغ الكعبة ؟ أجيب بأن معناه إذاقوم فبلغت قيمته هديا بالغ الكعبة فالقاتل بالخيار بين الأمور الثلاثة (وقوله والمراد بما روى) جواب عن قوله قال عليه الصلاة والسلام « الضبع صيد وفيه شاة » وعن أثر الصحابة : يعنى أن إيجاب النبى صلى الله عليه وسلم والصحابة رضى الله عنهم

(قوله دخل ماله مثل صورة ومعنى كما فى المثليات الخ) أقول : المثلان هما الموجودان المشتركان فى جميع الصفات النفسية ، وهى التى لايحتاج فى وصف الشىء بها إلى تعقل أمر زائد عليه ويقابلها الصفات المعنوية (قوله لابالنفى ولا بالإثبات) أقول : كما بين فى الأصول (قوله والمجاز ههنا مراد بالإجماع الخ) أقول : المعنى المجازى للفظ المثل يعم المثل الصورى والمعنوى ، فلا يلزم عموم المشترك ولا الجمع بين الحقيقة والمجاز (قوله وبمثل ذلك نقول فى الآية الأخرى الخ) أقول : الآية دلت على إيجاب الضمان بالمثل صورة ومعنى فى غصب المثليات كما سيجىء فى كتاب الغصب ، وعلى إيجاب الضمان بالمثل معنى فى غصب القيميات إذا هلك العين المغصوب كما اعترف به هنا فانتظم لفظ المثل كليهما فورد الاعتراض ، ورد العين أمر آخر ليس من إيجاب ضمان المثل فتأمل (قوله فإن قيل ما تصنع بقوله هديا وهو حال من جزاء الخ) أقول : بل من الضمير فى به فإن جزاءا إما مبتدأ أو خبر ، والحال إنما يكون من الفاعل أو المفعول به على الأشهر (قوله أجيب بأن معناه الخ) أقول : لم يحصل بما ذكره الجواب عن السؤال ، والأولى أن يقال : قوله تعالى ـ هديا ـ حال مقدرة : أى صائرا هديا بواسطة الشرا ، أو إعطائه بدلا عنه

ثم الخيار إلى القاتل فى أن يجعله هديا أوطعاما أوصوما عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله. وقال محمد والشافعى رحمهما الله : الخيار إلى الحكمين فى ذلك ، فإن حكما بالهدى يجب النظير على ماذكرنا ، وإن حكما بالطعام أو بالصيام فعلى ما قال أبوحنيفة وأبو يوسف . لهما أن التخيير شرع رفقا بمن عليه فيكون الخيار إليه كما فى كفارة اليمين . ولمحمد والشافعى قوله تعالى ـ يحكم به ذوا عدل منكم هديا ـ الآية ، ذكر الهدى منصوبا

فى تمام الصورة فيها تغليبا للاختلاف الباطنى بين أبناء نوع واحد، فما ظنك إذا انتفى المشاركة فى النوع أيضا فلم يبق إلا مشاكلة فى بعض الصورة كطول العنق والرجلين فى النعامة مع البدنة ونحو ذلك فى غيره ، فإذا حكم الشرع بانتفاء اعتبار المماثلة مع المشاكلة فى تمام الصورة ولم يضمن المتلف بما شاركه فى تمام نوعه بل بالمثل المعنوى فعند عدمها وكون المشاكلة فى بعض الهيئة انتفاء الاعتبار أظهر ، إلا أن لايمكن وذلك بأن لايكون للفظ محمل يمكن سواه ، فالواجب إذا عهد المراد بلفظ فى الشرع وتردد فيه فى موضع يصح حمله على ذلك المعهود وغيره أن يحمل على المعهود ، وما نحن فيه كذلك فوجب المصير إليه ، وأن يحمل حكم الصحابة بالنظير على أنه كان باعتبار تقدير المالية : أى بيان أن مالية المقتول كمالية الشاة الوسط لاعلى معنى أنه لايجزى غيره . بقى أن يبين احتمال لفظ الآية لذلك ، وفيها قراءتان مشهورتان ـ ومن قتله منكم متعمدا فجزاء ـ مرفوع منوّن ـ مثل ماقتل من النعم ـ برفع مثل ، والأخرى ـ فجزاء مثل ـ بإضافة الجزاء إلى مثل وهى إضافة بيانية فالمعنى واحد: أى فجزاء هو مثل ماقتل ومضمون الآية شرط وجزاء حذف منه المبتدأ بعد فاء الجزاء أو الخبر تقديره فالواجب عليه جزاء مثل ماقتل : أى قيمة ماقتل أو فعليه جزاء . ومن النعم بيان لما قتل أو للعائد إليها : أعنى المنصوب المحذوف أى ماقتله من النعم الوحشى ، والنعم يطلق عليه لغة كما يطلق على الأهلى فيتعلق بمحذوف لأنه فى موضع الحال . وقوله تعالى ـ يحكم به ذوا عدل منكم ـ جملة واقعة صفة لجزاء الذى هو القيمة أو لمثل الذى هو هى ، لأن مثلا لاتتعرف بالإضافة فجاز وصفها ووصف ما أضيف إليها بالجملة ، وهديا حال من ضمير به وهو الراجع إلى مايجعل موصوفا منهما وهى حال مقدرة : أى صائرا هديا به وذلك فى نفس الأمر بواسطة الشراء بها أو غير ذلك . ـ وبالغ الكعبة ـ صفة لأن إضافته لفظية فتوصف به النكرة ـ أوكفارة طعام مساكين أوعدل ذلك صياما ـ معطوفان على الجزاء لأنهما مرفوعان ، وتمام مؤدى التركيب على هذا : فالواجب عليه جزاء هو قيمة ماقتله من النعم الوحشى يحكم به : أى بذلك الجزاء الذى هو القيمة عدلان حال كونه صائرا هديا بواسطة القيمة ـ أوكفارة طعام مساكين ـ إلى آخرها : أى الواجب أحد الأمرين من القيمة الصائرة هديا ومن الإطعام والصيام المبنيين على تعرّف القيمة ، فقد

هذه النظائر لم يكن باعتبار أعيانها إذ لا مماثلة بين الضبع والشاة خلقة ، وإنما كان باعتبار التقدير بالقيمة ، إلا أنهم كانوا أرباب المواشى فكان الأداء عليهم منها أيسر وهو نظير قول على رضى الله عنه فى ولد المغرور : يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية والمراد القيمة . قال (ثم الخيار إلى القاتل) يعنى إذا ظهر قيمة الصيد بحكم الحكمين وهى تبلغ هديا ، فالخيار (فى أن يجعله هديا أو طعاما أو صوما) إلى القاتل (عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقال محمد والشافعى : الخيار إلى الحكمين) فى تعيين أحد الأشياء (فإن حكما بالهدى يجب النظير على ما ذكرنا ، وإن حكما بالطعام أو الصيام فعلى ما قاله أبو حنيفة وأبو يوسف) يعنى من اعتبار القيمة من حيث المعنى (لهما) أى لأبى حنيفة وأبى يوسف (أن التخيير شرع رفقا بمن عليه فيكون الخيار إليه) ليرتفق بما يختار (كما فى كفارة اليمين . ولمحمد والشافعى قوله تعالى ـ يحكم به ذوا عدل منكم هديا ـ الآية) ووجه ذلك أنه ذكر الهدى منصوبا

لأنه تفسير لقوله تعالى ـ يحكم به ـ ومفعول لحكم الحكم، ثم ذكر الطعام والصيام بكلمة أو فيكون الخيار إليهما . قلنا : الكفارة عطفت على الجزاء لا على الهدى بدليل أنه مرفوع . وكذا قوله تعالى ـ أو عدل ذلك صياما ـ مرفوع ، فلم يكن فيها دلالة اختيار الحكمين ، وإنما يرجع إليهما فى تقويم المتلف ثم الاختيار بعد ذلك إلى من عليه . ويقوّمان فى المكان الذى أصابه لاختلاف القيم باختلاف الأماكن . فإن كان الموضع برا لا يباع فيه الصيد يعتبر أقرب

ظهر تأدّى المعنى الذى ذهبنا إليه من لفظة الآية من غير زيادة تكلف فيها . وكون الحال مقدرة كثير بثير . وهو وإن لم يلزم على تقدير المخالف فيها يلزم على تقديره فى وصفها وهو بالغ الكعبة فإنه لا يصح حكمهما بالهدى موصوفا ببلوغه إلى الكعبة حال حكمهما به على التحقيق . بل المراد يحكمان به مقدرا بلوغه . فلزوم التقدير ثابت غير أنه يختلف محله على الوجهين . ثم على كل تقدير لا دلالة للآية على أن الاختيار إلى الحكمين . بل الظاهر منها أنه إلى من عليه فإن مرجع ضمير المحذوف من الخبر أو متعلق المبتدإ إليه : أعنى ماقدرناه من قولنا فالواجب عليه أو فعليه والله جلت عظمته أعلم (قوله لأنه تفسير لقوله تعالى ـ يحكم به ـ) سماه تفسيرا لأنه أزال الإبهام عنه فى الجملة حتى سماه بعض تمييزا لكونه حالا وكل حال تكشف عن إبهام فى الجملة : أعنى اعتبار أحوال ماهى له هذا . ويقوّم الصيد بما فيه من الخلقة لا بما زاده التعليم . فلو كان بازيا صيودا أو حما مايجيء من بعيد قوّم لا باعتبار الصيودية والمجيء من بعيد ، فإذا كان مملوكا كان عليه قيمته لمالكه يعتبر فيها مايزيده التعليم وقيمته للجناية لا يعتبر فيها ذلك . أما لو كان قيمته زائدة لحسن تصويته ففى اعتبارها روايتان : فى رواية لا تعتبر لأنه ليس من أصل الصيدية . وفى أخرى تعتبر لأنه ثابت بأصل الخلقة كالحمام المطوّق ، أما فى الغصب فيضمن بما يشترى به

تفسيرا لقوله ـ يحكم به ـ) فإن ضمير به مبهم ففسره بقوله هديا فكان نصبا على التفسير . وقيل أى التمييز فثبت أن المثل إنما يصير هديا باختيارهما وحكمهما (أو مفعول لحكم الحكم) أى على أن يكون بدلا من الضمير محمولا على محله كما فى قوله تعالى ـ قل إننى هدانى ربى إلى صراط مستقيم دينا قيما ـ وفى ذلك تنصيص على أن التعيين إلى الحكمين . ثم لما ثبت ذلك فى الهدى ثبت فى الطعام والصيام لعدم القائل بالفصل ولأنه عطفهما عليه (بكلمة أو) وهى للتخيير (فيكون الخيار إليهما) وفى توجيه هذا الكلام إشكال لأن ذكر الطعام والصيام بكلمة أو لا يفيد المطلوب إلا إذا كان كفارة منصوبا على ما هو قراءة عيسى بن عمر النحوى وهى شاذة . والشافعى لا يرى الاستدلال بالقراءة الشاذة لا من حيث إنه كتاب ولا من حيث إنه خبر كما عرف فى الأصول . وقوله (قلنا) جواب عن استدلالهما . وتقريره أن الدليل إنما يصح أن لو كان كفارة معطوفة على هديا ، وليس كذلك لاختلاف إعرابهما . وإنما هى معطوفة على قوله فجزاء بدليل أنه مرفوع (وكذلك قوله تعالى ـ أو عدل ذلك صياما ـ مرفوع فلم يكن فى الآية دلالة اختيار الحكمين) فى الطعام والصيام ، وإذا لم يثبت الخيار فيهما للحكمين لم يثبت فى الهدى لعدم القائل بالفصل (وإنما يرجع إليهما فى تقويم المتلف) لا غير (ثم الاختيار بعد ذلك إلى من عليه) رفقا له (ويقوّمان) أى الحكمان (فى المكان الذى أصابه) الحرم . قال شيخ الإسلام : وكذا يعتبر الزمان الذى أصابه فيه لاختلاف القيم باختلاف الأماكن والأزمان . وقوله (فإن كان الموضع برا) ظاهر .

(قوله وقيل : أى التمييز) أقول : يعنى الإتقانى (قوله فلم يكن فى الآية دلالة اختيار الحكمين الخ) أقول : فإن قلت : عدم الدلالة لا يستلزم الدلالة على العدم وقد بين الخصم ثبوت الاختيار فى الهدى فيثبت فى الآخرين بالإجماع المركب ولا يفيد ما ذكره بدون إبطال متمسكه .

المواضع إليه مما يباع فيه ويشترى . قالوا : والواحد يكفي والمثنى أولى لأنه أحوط وأبعد عن الغلط كما في حقوق العباد ، وقيل يعتبر المثنى ههنا بالنص (والهدى لايذبح إلا بمكة) لقوله تعالى ـ هديا بالغ الكعبة ـ (ويجوز الإطعام في غيرها) خلافا للشافعي رحمه الله : هو يعتبره بالهدى والجامع التوسعة على سكان الحرم ، ونحن نقول : الهدى قربة غير معقولة فيختص بمكان أو زمان، أما الصدقة قربة معقولة في كل زمان ومكان (والصوم يجوز في غير مكة) لأنه قربة في كل مكان (فإن ذبح الهدى بالكوفة أجزأه عن الطعام) معناه إذا تصدق باللحم وفيه وفاء بقيمة الطعام لأن الإراقة لاتنوب عنه . وإذا وقع الاختيار على الهدى يهدى مايجزيه في الأضحية

في البلد إلا إذا كان المحرم من اللهو كقيمة الديك لنقاره والكبش لنطاحه والتيس للعبه (قوله وقيل يعتبر المثنى) أي في الحكم المقوّم . والذين لم يوجبوه حملوا العدد في الآية على الأولوية لأن المقصود به زيادة الإحكام والإتقان ، والظاهر الوجوب وقصد الإحكام والإتقان لاينافيه بل قد يكون داعيته (قوله ونحن نقول الخ) وذلك أنه لما عين الهدى أحد الواجبات علم أنه ليس المراد مجرد التصدق باللحم وإلا لحصل التصدق بالقيمة أو بلحم يشتريه . بل المراد التقرب بالإراقة مع التصدق بلحم القربان وهو تبع متمم لمقصوده فلا ينعدم الإجزاء بفواته عن ضرورة ، فلذا لو سرق بعد الإراقة أجزأه ، بخلاف ما لو سرق قبلها أو ذبح بالكوفة فسرق لايجزيه لأن القربة هناك لاتحصل إلا بالتصدق لاختصاص قربة الإراقة بمكان مخصوص أعني الحرم ، ولا يتصدق بشيء من الجزاء على من لاتقبل شهادته له . ويجوز على أهل الذمة والمسلم أحب ، ولو أكل من الجزاء غرم قيمة ما أكل (قوله وإذا وقع الاختيار على الهدى يهدى مايجزى في الأضحية) حتى لو لم تبلغ قيمة المقتول إلا عناقا أو حملا كفر بالإطعام أو الصوم لا بالهدى ، ولا يتصور التكفير بالهدى إلا أن تبلغ قيمته جذعا عظيما من الضأن أو ثنيا من غيره ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعند محمد رحمه الله يكفر بالهدى وإن لم يبلغ ذلك ، ومنهم من جعل قول

وقوله (وقيل يعتبر المثنى ههنا) في جزاء الصيد (بالنص) وهو قوله تعالى ـ يحكم به ذوا عدل ـ قال في الكشاف عن قبيصة أنه أصاب ظبيا وهو محرم ، فسأل عنه عمر فشاور عبدالرحمن بن عوف ثم أمره بذبح شاة ، فقال قبيصة لصاحبه : والله ما علم أمير المؤمنين حتى سأل غيره ، فأقبل عليه ضربا وقال : أتغمص الفتيا وتقتل الصيد وأنت محرم ؟ قال الله تعالى ـ يحكم به ذوا عدل منكم هديا ـ فأنا عمر وهذا عبد الرحمن . وقوله (ويجوز الإطعام في غيرها) يعني سواء كان طعام الإباحة أو التمليك . وقوله (والصوم يجوز في غير مكة) يعني بالإجماع . وقوله (إذا تصدق باللحم وفيه وفاء بقيمة الطعام) بأن يصيب كل مسكين من اللحم ماتبلغ قيمته نصف صاع من بر قياسا على كفارة اليمين وكان من شرط تصدقه التفريق ، بخلاف ما إذا ذبح بمكة فإنه إذا تصدق به بعد الذبح على فقير واحد جاز لأن جوازه من حيث الهدى لامن حيث الصدقة . وقوله (لأن الإراقة لاتنوب عنه) أي لأن الإراقة الحاصلة بمكان غير الحرم لاتنوب عن الهدى ، حتى لو سرق المذبوح أو ضاع قبل التصدق به بقي الواجب عليه كما كان ، بخلاف المذبوح بمكة حيث يخرج عن العهدة وإن سرق أو ضاع قبل التصدق به . قال (وإذا وقع الاختيار على الهدى) إذا اختار القاتل الهدى (يهدى ما يجزيه في الأضحية) وهو الجذع الكبير من الضأن أو الثنيء من غيره

قلت : أشار إليه بقوله وإنما يرجع إليهما في تقويم المتلف (قوله وقال أتغمص) أقول : بالصاد المهملة : أي أتحتقرها وتطعن فيها (قوله وقوله لأن الإراقة لاتنوب عنه الخ) أقول : والأظهر عندي أن ضمير عنه عائد إلى الطعام : يعني أن مجرد الإراقة بدون التصدق لاتنوب عن الإطعام ، وأما نفي نيابتها عن الهدى فقد علم من قوله والهدى لايذبح إلا بمكة .

لأن مطلق اسم الهدى منصرف إليه . وقال محمد والشافعي : يجزى صغار النعم فيها لأن الصحابة رضي الله عنهم أوجبوا عناقا وجفرة . وعند أبي حنيفة وأبي يوسف يجوز الصغار على وجه الإطعام : يعنى إذا تصدق . وإذا وقع الاختيار على الطعام يقوّم المتلف بالطعام عندنا لأنه هو المضمون فتعتبر قيمته (وإذا اشترى بالقيمة طعاما تصدّق على كل مسكين نصف صاع من بر أو صاعا من تمر أو شعير . ولا يجوز أن يطعم المسكين أقل من نصف صاع) لأن

أبي يوسف كقول محمد لأن الصحابة أوجبوا عناقا وجفرة على ماذكرناه من قريب . وأبو حنيفة يقول : المنصوص عليه الهدى ومطلقه في الشرع ينصرف إلى مايبلغ ذلك السن لأنه المعهود من إطلاقه في هدى المتعة والقران والأضحية فيحمل عليه . وإنما يراد به غير ماذكرنا مجازا فيتقيد جواز اعتباره بالقرينة كما لو قال ثوبي هدى لزمه الثوب لتقيد الهدى بذكره . ولذا لوقال : إن فعلت كذا فعليّ هدى لزمه شاة . ثم إذا اختار الهدى وبلغ مايضحى به قال المصنف لايذبح إلا بمكة . يريد الحرم مطلقا . ولو ذبحه في الحل لايجزيه من الهدى بل من الإطعام فيشترط أن يعطى كل فقير قدر قيمة نصف صاع حنطة أو صاع من غيرها . فإن كانت قيمة اللحم مثل قيمة المقتول أجزأه وإلا فيكمل . ويجوز أن يتصدق بالشاة الواقعة هديا على مسكين واحد كما في هدى المتعة (قوله وعند أبي حنيفة وأبي يوسف : يجوز الصغار على وجه الإطعام الخ) يتضمن جوابهما : يعني أن المنفي وقوع الصغار هديا تتعلق القربة فيه بنفسه بمجرد الإراقة لاجوازها مطلقا بل نجيزها باعتبار القيمة إطعاما فيجوز كون حكم الصحابة كان على هذا الاعتبار في الصغار ، فمجرد فعلهم ذلك حينئذ لاينافي ماذهب إليه فلا ينتهض عليه . وأما صيرورة ولد الهدى هديا فللتبعية كولد الأضحية (قوله عندنا) قيد بالظرف لنفي قول محمد إنه يقوّم النظير على ماذكر لأنه الواجب عينا إذا كان للمقتول نظير . وقوله (لأنه) راجع إلى المتلف : يعني المتلف (هو المضمون) فلا معنى لتقوّم غيره لجبره . ولو سلم أن النظير هو الواجب عينا عند اختيار الهدى لم يلزم منه وجوب تقويمه عند اختيار خصلة أخرى فكيف وهو ممنوع (قوله ولا يجوز أن يطعم المسكين أقل من نصف صاع) ولا يمنع أن يعطيه أكثر ولو كان كل الطعام . غير أنه إن فعل أجزأ عن إطعام مسكين نصف صاع وعليه أن يكمل بحسابه ويقع الباقي تطوعا . بخلاف الشاة

عند أبي حنيفة (لأن مطلق اسم الهدى ينصرف إليه) كما في هدى المتعة والقران فإنه ينصرف إلى مايجزئ في الأضحية . واعترض عليه بأن اسم الهدى قد ينصرف إلى غيره كما إذا قال : إن فعلت كذا فثوبي هذا هدى فليكن في محل النزاع كذلك . وأجيب بأن الكلام في مطلق الهدى وما ذكرت ليس كذلك لأن الإشارة إلى الثوب قيدته بذلك . (وقال محمد والشافعي : يجزئ صغار النعم) قال في النهاية : وذكر في المبسوط والأسرار وشروح الجامع الصغير لفخر الإسلام وقاضيخان قول أبي يوسف مثل قول محمد (لأن الصحابة رضي الله عنهم أوجبوا عناقا وجفرة) فدلّ على جواز ذلك في باب الهدى (وعند أبي حنيفة وأبي يوسف يجوز الصغار على وجه الإطعام) فيجوز أن يكون إيجاب الصحابة على ذلك الوجه (وإذا وقع الاختيار على الطعام يقوم المتلف بالطعام عندنا) وقال الشافعي : وقيل هو قول محمد يجب المثل ثم يقوّم المثل بالطعام ، وأما عندنا فالمتلف هو المضمون فيعتبر قيمته . وقوله (وإذا اشترى بالقيمة طعاما) إشارة إلى أنه يجوز أن يقوم المتلف بالقيمة ثم يشترى بالقيمة طعاما .

(قوله وقيل هو قول محمد يجب المثل الخ) أقول : صاحب القيل هو حميد الدين الضرير ، ولكن أنكره الإتقاني بناء على ما في شرح مختصر الكرخي والإيضاح وشرح الأقطع وشرح الجامع الصغير لفخر الإسلام من أنه يعتبر قيمة المتلف عند محمد رحمه الله .

الطعام المذكور ينصرف إلى ماهو المعهود فى الشرع (وإن اختار الصيام يقوّم المقتول طعاما ثم يصوم عن كل نصف صاع من بر أو صاع من تمر أوشعير يوما) لأن تقدير الصيام بالمقتول غير ممكن إذ لاقيمة للصيام فقدرناه بالطعام ، والتقدير على هذا الوجه معهود فى الشرع كما فى باب الفدية (فإن فضل من الطعام أقل من نصف صاع فهو مخير إن شاء تصدق به وإن شاء صام عنه يوما كاملا) لأن الصوم أقل من يوم غير مشروع ، وكذلك إن كان الواجب دون طعام مسكين يطعم قدر الواجب أو يصوم يوما كاملا لما قلنا (ولو جرح صيد أو نتف شعره أو قطع عضوا منه ضمن مانقصه) اعتبارا للبعض بالكل كما فى حقوق العباد (ولو نتف ريش طائر أو قطع قوائم صيد فخرج من حيز الامتناع فعليه قيمته كاملة) لأنه فوّت عليه الأمن بتفويت آلة الامتناع فيغرم جزاءه (ومن كسر بيض نعامة فعليه قيمته) وهذا مروى عن علىّ وابن عباس رضى الله عنهم ، ولأنه أصل

فى الهدى بناء على أن أصل القربة قد حصلت بالإراقة وإطعامه تبع متمم له (قوله ضمن مانقصه) وإن برأ وبقى له أثر ، وإن لم يعلم أمات وأبرأ ففى القياس يضمن مانقص . وفى الاستحسان يضمن قيمته احتياطا كمن أخرج صيدا من الحرم ثم أرسله ولا يعلم أدخل الحرم أم لاتجب قيمته . ولو قلع سن ظبي أو نتف شعر صيد فنبت مكانها أو ضرب عينها فابيضت ثم انجلت فلا شىء عليه عند أبى حنيفة ، وعليه صدقة عند أبى يوسف باعتبار ماوصل إليه من الألم . وقد روى عن أبى يوسف أيضا اعتبار الألم فى الجناية على العباد حتى أوجب على الجانى ثمن الدواء وأجرة الطبيب إلى أن يندمل . وفى مناسك الكرمانى : لوضرب صيدا فمرض فانتقصت قيمته أو زادت ثم مات كان عليه أكثر القيمتين من قيمته وقت الجرح أو وقت الموت . ولوجرحه فكفر ثم قتله كفر أخرى ، فلو لم يكفر حتى قتله وجبت عليه كفارة واحدة وما نقصته الجراحة الأولى ساقط . وفى الجامع : محرم بعمرة جرح صيدا غير مستهلك ثم أضاف إلى عمرته حجة ثم جرحه كذلك فمات منهما فعليه للعمرة قيمته صحيحا وللحج قيمته وبه الجرح الأول ، ولو كان جرحه ثم حل من عمرته ثم أحرم بالحج ثم جرحه ثانيا فعليه للعمرة قيمته وبه الجرح الثانى وللحج قيمته وبه الجرح الأوّل ، ولو حل من العمرة ثم قرن ثم جرحه فمات فعليه للعمرة قيمته وبه الجرح الثانى وللقران قيمتان وبه الجرح الاول ، ولو كان الأول مستهلكا بأن قطع يده والثانى غير مستهلك وباقى المسألة بحالها فعليه للعمرة قيمته صحيحا للحال وللقران قيمتان وبه الجرح الأول ، ولو كان الثانى قطع يد أخرى فهى وما لو كان جرحا غير مستهلك سواء لأنه لايمكنه استهلاكه مرة ثانية (قوله لأنه فوّت عليه الأمن بتفويت آلة الامتناع) يعنى وكان كالإتلاف ، فهذا كالقياس الجارى فى الدلالة مما قدمناه ، فإن أدى الجزاء ثم قتله لزمه جزاء آخر ، وإن لم يؤده حتى قتله فجزاء واحد (قوله عن على وابن عباس رضى الله عنهم) قال عبد الرزاق : حدثنا سفيان الثورى عن عبد الكريم الجزرى عن عكرمة عن ابن عباس قال : فى بيض النعام يصيبه المحرم ثمنه . وروى ابن أبى شيبة عنه قال : فى كل بيضتين درهم وفى كل بيضة نصف درهم . وروى ابن أبى شيبة عن ابن مسعود قال : حدثنا ابن الفضيل عن خصيف عن أبى عبيدة عن عبد الله قال : فى بيض النعام قيمته . وقال عبد الرزاق : أخبرنا أبو حنيفة عن خصيف به ، وأخرج ابن أبى شيبة مثله عن عمر منقطعا ، وأخرج نحوه عن مجاهد والشعبى والنخعى وطاوس ، وفيه حديث

(قوله (ينصرف إلى ماهو المعهود فى الشرع) يعنى نصف صاع من برّ كما فى صدقة الفطر وكفارة اليمين والظهار . وقوله (وإن اختار الصيام) ظاهر . وقوله (وكذلك إن كان الواجب دون طعام مسكين) بأن قتل يربوعا أو عصفورا ولم تبلغ قيمته إلامدا من الحنطة (يطعم ذلك القدر أو يصوم يوما كاملا لما قلنا) إن الصوم أقل من يوم غير مشروع . وقوله (ولو جرح صيدا) ظاهر

الصيد ، وله عرضية أن يصير صيدا فنزل منزلة الصيد احتياطا ما لم يفسد (فإن خرج من البيض فرخ ميت فعليه قيمته حيا) وهذا استحسان . والقياس أن لايغرم سوى البيضة لأن حياة الفرخ غير معلومة . وجه الاستحسان أن البيض معدّ ليخرج منه الفرخ الحي ، والكسر قبل أوانه سبب لموته فيحال به عليه احتياطا . وعلى هذا إذا ضرب بطن ظبية فألقت جنينا ميتا وماتت فعليه قيمتهما

مرفوع رواه عبد الرزاق والدارقطني وهو ضعيف (قوله مالم يفسد) الأوجه وصله بكسر بيض نعامة : أي ومن كسر بيض نعامة مالم يفسد : أي فى زمن عدم فسادها فعليه قيمته . وما مصدرية نائبة عن ظرف الزمان . وإنما لم يجب فى البيضة المذرة لأن ضمان البيضة ليس لذاتها بل لعرضية الصيد وليست المذرة بعرضية أن تصير صيدا ، فانتفى بهذا ما قال الكرمانى : إذا كسر بيض نعامة مذرة وجب الجزاء لأن لقشرها قيمة . وإن كانت غير نعامة لايجب شيء وذلك لأن المحرّم بالإحرام ليس التعرض للقشر بل للصيد فقط وليس للمذرة عرضية الصيدية (قوله والكسر قبل أوانه سبب لموته فيحال به عليه) يفيد أن هذا الحكم فيما إذا جهل أن موته من الكسر أولا . فأما إذا علم أن موته قبل الكسر لايجب فيه شيء لانعدام الإماتة ولا فى البيض لعدم العرضية . وإذا ضمن الفرخ لايجب فى البيض شيء لأن ما ضمانه لأجله قد ضمنه ، ولو أخذ البيضة فحضنها تحت دجاجة ففسدت لا يختلف الجواب . ولو لم تفسد وخرج منها فرخ وطار لاشيء عليه . وكذا لو نفر صيدا عن بيضه ففسد ضمنه إحالة للفساد عليه لأنه السبب الظاهر . ولا يخفى عليك إذا تذكرت أن التعليل المذكور كالتعليل فى مسألة الفأرة التى توجد فى البئر ميتة لايدرى متى وقعت حيث حكم أبوحنيفة بإضافة موتها إلى وقوعها فى البئر ورتب عليها حكم البئر التى ماتت فيها فأرة إحالة على السبب الظاهر . وهما قد خالفاه هنالك ووافقاه هنا فيطالبان بالفرق المؤثر لا كل فرق. وعلى هذا لو جرح صيدا فغاب فوجده ميتا إن علم أنه مات بسبب آخر فعليه ضمان الجرح ، وإن لم يعلم يجب الضمان احتياطا للسببية الظاهرة ، كمن أخرج صيدا من الحرم وأرسله ولا يعلم أدخل الحرم أم لا تجب قيمته (قوله وعلى هذا) أى هذا الأصل وهو النسبة إلى ماهو سبب الظاهر (إذا ضرب بطن ظبية فألقت جنينا ميتا وماتت الأم فعليه ضمانهما) أما الأم فظاهر ، وأما الجنين فلأن ضرب البطن سبب ظاهر لموته وقد ظهر عقيبه

وقوله (مالم يفسد) إشارة إلى أنها إذا كانت مذرة فلا شيء عليه لأنه لم يتلف صيدا ولا ما هو بعرضية أن يصير صيدا . وقوله (فإن خرج من البيض فرخ ميت) هذه المسألة لاتخلو : أما إن علم أنه كان حيا ومات بالكسر ، أو علم أنه كان ميتا ، أو لم يعلم أن موته بسبب الكسر أولا . فإن كان الأول ضمن قيمته ، وإن كان الثانى فلا شيء عليه . وإن كان الثالث (فالقياس أن لايغرم سوى البيضة لأن حياة الفرخ غير معلومة) وفى الاستحسان : تجب عليه قيمة الفرخ حيا لما ذكر فى الكتاب . وتقريره : البيض معدّ ليخرج منه الفرخ الحى ، وكل ماهو معد ليخرج منه الفرخ الحى كسره قبل أوانه سبب لموت ذلك الفرخ ، وذلك إتلاف له والإتلاف يوجب الضمان . وقوله (فيحال به عليه) أى بالموت على الكسر والباء صلة كان أصله يحال الموت على الكسر : أى يضاف إليه . فإن قيل : بيض النعامة كبطن الظبية ، ولو ضرب بطن ظبية فألقت جنينا ميتا وماتت الظبية كان عليه قيمتهما على مايجىء فلم لايكون عليه ههنا قيمة البيض والفرخ جميعا؟ أجيب بأن ضمان البيض ليس لذاته بل باعتبار أنه سبب الفرخ ولهذا لايجب الضمان إذا كانت البيضة مذرة ، فإذا وجب ضمان الفرخ لايجب ضمان البيض. وقوله (وعلى هذا) أى على القياس والاستحسان (إذا ضرب بطن ظبية فألقت جنينا ميتاً وماتت فعليه قيمتهما) فإن

(وليس فى قتل الغراب والحدأة والذئب والحية والعقرب والفأرة والكلب العقور جزاء) لقوله صلى الله عليه وسلم «خمس من الفواسق يقتلن فى الحل والحرم ، الحدأة ، والحية والعقرب ، والفأرة ، والكلب العقور » وقال صلى الله عليه وسلم «يقتل المحرم الفأرة والغراب والحدأة والعقرب والحية والكلب العقور» وقد ذكر الذئب فى بعض الروايات. وقيل المراد بالكلب العقور الذئب ، أو يقال إن الذئب فى معناه ،

ميتا فيحال عليه (قوله وليس فى قتل الغراب) لم يقل ليس فى قتل المحرم الخ جزاء ، بل أطلق نفى الجزاء فى قتلهن ليفيد أنه لايستعقب جزاء فى الحرم ولا فى الإحرام ، فلهذا استدل بما يفيد إباحة قتلهن فى الحرم وبما يفيد فى الإحرام ، فالأول هو ما فى الصحيحين من قوله عليه الصلاة والسلام « خمس من الفواسق يقتلن فى الحل والحرم : الغراب ، والحدأة ، والعقرب ، والفأرة ، والكلب العقور » وفى لفظ لمسلم « الحية » عوض العقرب ، وقال فيه : « الغراب الأبقع » . والثانى ما فى الصحيحين عن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «خمس من الدواب ليس على المحرم فى قتلهن جناح : العقرب ، والفأرة ، والكلب العقور ، والغراب ، والحدأة » وأخرجاه أيضا عن ابن عمر قال : حدثتنى إحدى نسوة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « يقتل المحرم » فذكر الخمسة ، وزاد فيه مسلم « والحية » قال : وفى الصلاة أيضا . وروى أبو داود عن أبى سعيد الخدرى «سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عما يقتل المحرم ؟ قال : يقتل الحية ، والعقرب ، والفويسقة ، والكلب العقور ، والحدأة والسبع العادى ، ويرمى الغراب ولا يقتله » ولم يذكر فيه الترمذى السبع العادى . وقال : حديث حسن ، وحمل الغراب المنهى عن قتله هنا على غير الأبقع وهو الذى يأكل الزرع كما ذكره المصنف ، وإنما يرميه لينفره عن الزرع . وأخرج الدارقطنى عن ابن عمر قال « أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم المحرم بقتل الذئب والفأرة والحدأة والغراب » وفيه الحجاج بن أرطاة ، ورواه ابن أبى شيبة فى مصنفه مقتصرا على الذئب ، وأخرج نحوه عن عمر وابن عمر ، وأخرج عن عطاء قال : يقتل المحرم الذئب وكل عدوّ ، ولم يذكر فى الكتاب ، وهذا ما قال المصنف . وذكر الذئب فى بعض الروايات . وأخرج الطحاوى عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم نحو حديث مالك والليث إلا أنه قال فيه : والحية والذئب والكلب العقور . وقال السرقسطى فى غريبه : الكلب العقور يقال لكل عاقر حتى اللص المقاتل (قوله وقيل المراد بالكلب العقور الذئب) وقيل المراد به الأسد ، أسنده السرقسطى عن أبى هريرة قال : حدثنا محمد بن علىّ قال : حدثنا سعيد بن منصور ، حدثنا حفص بن ميسرة عن زيد بن أسلم عن ابن سيلان عن أبى هريرة أنه قال : الكلب العقور : الأسد (قوله أو يقال إن الذئب فى معناه) يعنى

قيل : قد تقدم أن ضمان الصيد يشبه غرامات الأموال ، ومن ضرب بطن جارية فألقت جنينا ميتا وماتت كان عليه قيمة الجارية دون الجنين ، فكيف وجبت ههنا قيمة الجنين ؟ أجيب بأن الجنين فى حكم الجزء من وجه وفى حكم النفس من وجه ، والضمان الواجب لحق العباد غير مبنى على الاحتياط فلا يجب فى موضع الشك ، فأما جزاء الصيد فمبنى على الاحتياط فرجح فيه شبه النفسية فى الجنين ووجب الجزاء (وليس فى قتل الفواسق الخمسة شيء لأن النبى صلى الله عليه وسلم استثنى بقوله عليه الصلاة والسلام « خمس من الفواسق يقتلن فى الحل والحرم : الحدأة ، والحية ، والعقرب ، والفأرة ، والكلب العقور » وذكر الذئب فى بعض الروايات ، فقيل

(قال المصنف : الحدأة والحية والعقرب والفأرة والكلب العقور) أقول : اتفقت الروايات على ذكر الفأرة فى المستثنيات فلا وجه لتركها فيما سبق . والجواب أنه إنما لم يذكرها لأنها ليست من الصيود فلا معنى لذكرها فى سياق المستثنيات منها ، وليس فى الحديث لفظ الاستثناء

والمراد بالغراب الذى يأكل الجيف ويخلط لانه يبتدئ بالأذى، أما العقعق فغير مستثنى لأنه لايسمى غرابا ولا يبتدئ بالأذى . وعن أبي حنيفة رحمه الله أن الكلب العقور وغير العقور والمستأنس والمتوحش منهما سواء لأن المعتبر فى ذلك الجنس ،

فيلحق به دلالة ، ولا بد من تعيين ذلك الموجب للإلحاق فى الدلالة . والذى يدور عليه كلامه هو كونهن مبتدئات بالأذى ، وضم غيره إلى ذلك مخالطتها : يعنى كونها تعيش بالاختطاف والانتهاب ، وسنذكر لهذا إتماما إن شاء الله تعالى (قوله لأن المعتبر فى ذلك الجنس) وإن كان وصفه بالعقور إيماء إلى العلة لما روى أبو داود فى المراسيل . وذكر الكلب من غير وصفه بالعقور فعلم أن المراد الجنس ، والذى ذكر وصفه بالعقورية يراد به الكلب الوحشى لأنه يكون عقورا مبتدئا بالأذى . فأفاد أنه وإن كان صيدا لاشيء فيه لكونه عقورا . ويكون مافى المراسيل تعميم النوع بنفى الجزاء لأن أحد صنفيه مؤذ وهو الصيد والآخر ليس بصيد أصلا . إلا أن هذا يقتضى أن يكون بعض النوع الواحد وحشيا وبعضه لا . فإن استبعد ذلك وادعى أن كل نوع فطرته فى الوحشية وعدمها شاملة ، لكل أفراده ثم يعرض لبعضها خلاف الطبع الأصلى من التوحش والاستئناس . قلنا على التنزل نختار أن جنس الكلب غير وحشى ، وإن وجد منه وحشى فالتوحش عارض له فاقتضى أن لايجب بقتل شيء منه جزاء . وفائدة التنصيص على وصف بخصوصه بنفى الجزاء : أعنى ماهو معروض التوحش دفع توهم أنه وحشى بالأصالة فيجب بقتله الجزاء ، وأنه لوكان وحشيا لم يكن فيه شيء لكونه عقورا . على أن الحق جواز الانقسام . وقولهم

فيما إذا ذكر الكلب العقور فمراده الذئب ، أو يقال : إن الذئب فى معنى الكلب العقور . وذكر المصنف رحمه الله فى أول هذا الفصل الستة بناء على الرواية أو الدلالة . وقوله (والمراد بالغراب : الذى يأكل الجيف ويخلط) أى النجاسات مع غيرها أى يأكل الحب تارة والنجاسة أخرى . وقع تكرارا لأنه ذكره فى أول الفصل مع زيادة معنى وهو كونه مرويا عن أبى يوسف فكان مستغنى عن ذكره . وقوله الذى يأكل الجيف خبر لاصفة فكان موضع ضمير الفصل ، واحترز به عن الغراب الذى يأكل الزرع فإنه يجب الضمان بقتله . وقوله (لأنه يبتدئ بالأذى) قيل لأنه يقع على دبر الدابة ، وقيل فعلى هذا يكون فى قوله فى العقعق ولا يبتدئ بالأذى نظر لأنه يقع على دبر الدابة (وعن أبى حنيفة أن الكلب العقور وغير العقور والمستأنس والمتوحش منهما) أى من الكلب العقور وغير العقور (سواء) أما العقور فظاهر لأنه ورد فيه الحديث ، وأما غيره فإنما لم يجب فيه الجزاء لأنه ليس بصيد لعدم توحشه خلقة . وقوله (لأن المعتبر هو الجنس) يعنى الحقيقة التى تسمى كلبا لا فردا دون فرد ، وهذا لأن هذا الجنس ليس بصيد ، وفيه نظر لأنه يفضى إلى إبطال الوصف المنصوص عليه وهو كونه عقورا . والجواب أنه

حتى يرد عليه شيء فتأمل (قوله وذكر المصنف فى أول هذا الفصل الستة بناء الخ) أقول : فكان الوجه أن لاينص على الخمس كما لايخفى ، والأولى أن يقال : ذكر الذئب بعد الكلب العقور على سبيل العطف التفسيرى ترجيحا من المصنف كون المراد من الكلب العقور الذئب ، فإن الكلب ليس من الصيود فلا حاجة إلى استثنائه من الآية فليتأمل (قال المصنف : والمراد بالغراب الذى يأكل الجيف) أقول : ولعل التخصيص المستفاد من التفسير لأنه روى أبو داود عن الخدرى رضى الله عنه « سئل صلى الله عليه وسلم عما يقتل المحرم ؟ قال : يقتل المحرم الحية والعقرب والفويسقة والكلب العقور والحدأة والسبع العادى ويرمى الغراب ولا يقتله » فلابد من حمل الغراب المأمور بقتله على ماذكره أبو يوسف ، والمنهى عن قتله على الغراب الغير الأبقع وهو الذى يأكل الزرع لدفع التعارض (قوله وقع تكرارا لأنه ذكره ، إلى قوله : فكان مستغنى عن ذكره) أقول : فيه زيادة الخلط فلا يكون تكرارا محضا . ثم أقول : إنه ذكر ذلك فى هذا الباب قبل ورقتين ونصف ورقة تخمينا وهو قوله الخمس الفواسق إلى قوله وهى ستة ، وسيأتى العذر عن ذلك (قوله وقيل فعلى هذا الخ) أقول يعنى الإتفاق (قوله لأن هذا الجنس ليس بصيد) أقول : فلا يحتاج إلى الاستثناء من الآية (قوله وفيه نظر لأنه الخ) أقول : لو صح هذا النظر يلزم اعتبار مفهوم

وكذا الفأرة الأهلية والوحشية سواء. والضب واليربوع ليسا من الخمس المستثناة لأنهما لا يبتدئان بالأذى (وليس فى قتل البعوض والنمل والبراغيث والقراد شىء) لأنها ليست بصيود وليست بمتولدة من البدن ثم هى مؤذية بطباعها، والمراد بالنمل السود أو الصفر الذى يؤذى، ومالا يؤذى لايحل قتلها ، ولكن لايجب الجزاء للعلة الأولى (ومن قتل قملة تصدّق بما شاء) مثل كف من طعام لأنها متولدة من التفث الذى على البدن (وفى الجامع الصغير أطعم شيئا) وهذا يدل على أنه يجزيه أن يطعم مسكينا شيئا يسيرا على سبيل الإباحة وإن لم يكن مشبعا (ومن قتل جرادة تصدق

الفأرة الوحشية والأهلية يفيده ، وهذا كله إذا حكم بإرادة حقيقة الكلب ، أما إذا قيل بأن المراد من الكلب العقور الذئب أو الأسد فلا إشكال حينئذ ، إلا أنه يجب أن يحمل الأسد المحكوم عليه بأنه هو المراد بالكلب العقور على الأسد العادى عندهم لأنهم يوجبون الجزاء بقتل الأسد إذا لم يصل ، ويدل على هذه الإرادة ما ذكرناه من حديث الترمذى وأبى داود (قوله وكذا الفأرة الأهلية والوحشية) لوجود المبيح فى الوحشية وهو فسقها ، والسنور كذلك فى رواية الحسن عن أبى حنيفة ، وفى رواية هشام عن محمد: ماكان منه بريا فهو متوحش كالصيود يجب بقتله الجزاء (قوله وليست بمتولدة من البدن) احتراز عن القملة (قوله وما لا يؤذى لايحل قتلها) وإن كان لايجب بقتلها الجزاء ، وهكذا الكلب الأهلى إذا لم يكن مؤذيا لايحل قتله لأن الأمر بقتل الكلاب نسخ فتقييد القتل بوجود الإيذاء (قوله للعلة الأولى) يعنى كونها ليست بصيود ولامتولدة من البدن ، وهما وإن كانا علتين للحكم الذى هو وجوب الجزاء لكن نفيهما معاعلة لنفيه لأن الحكم إذا كان يثبت بعلل شتى يكون نفيه معلولا بعدم الكل ، إذ لو ثبت شىء منها لم ينتف . وعن أبى يوسف فى قتل القنفذ روايتان : فى رواية جعله نوعا من الفأرة ، وفى أخرى جعله كاليربوع ففيه الجزاء . وفى الفتاوى : لاشىء فى ابن عرس خلافا لأبى يوسف ، وأطلق غيره لزوم الجزاء فى الضب واليربوع والسمور والسنجاب والدلق والثعلب وابن عرس والأرنب من غير حكاية خلاف فى شىء (قوله لأنها متولدة من التفث الذى على البدن) يفيد أن الجزاء باعتبار أنه قضاء التفث ، فيستفاد منه أنه لو لم يأخذها من بدنه بل وجد قملة على الأرض فقتلها لاشىء عليه . واعلم أن الإلقاء على الأرض كالقتل تجب به الصدقة ، ولو قال محرم لحلال ارفع هذا القمل عنى أو دفع ثوبه إليه فقلى ما فيه من القمل فقتله كان على الآمر الجزاء ، وكذا إذا أشار إلى قملة فقتلها الحلال كان عليه جزاؤها لأن الدلالة موجبة فى الصيد فكذا ما فى حكمه ، كذا

ليس للقيد بل لإظهار نوع أذاه فإن ذلك طبع فيه . وقوله (لأنها ليست بصيود) يعنى أنها ليست بمتوحشة عن الآدمى بل هى طالبة له (وليست بمتولدة من البدن) يعنى حتى تكون من باب قضاء التفث كالقملة (ثم هى مؤذية بطباعها) فلا يجب بقتلها شىء . وقوله (ولكن لايجب الجزاء للعلة الأولى) يعنى قوله لأنها ليست بصيود وليست بمتولدة من البدن ، سماهما علة وإن كانا فى معنى علتين لأنه ذكر فى موضع السلب ، وفى موضع السلب تكون العلل الكثيرة بمعنى علة واحدة فى أن الحكم ينتفى بالجميع كما أنه ينتفى بانتفاء الواحدة . وقوله (ومن قتل قملة تصدق بما شاء) وقد أوضحه فى الكتاب وليس الجزاء منحصرا فى القتل بل الإلقاء فى الأرض كالقتل سواء أخذها من رأسه أو من موضع آخر . وقيل فى القملتين والثلاث كف من حنطة ، وفى الزيادة على ذلك نصف صاع من حنطة . وقوله (شيئا يسيرا على سبيل الإباحة وإن لم يكن مشبعا) قال فى الجامع الصغير : ككسرة

الصفة بل سائر المفاهيم (قال المصنف : والضب واليربوع ليسا من الخمس المستثناة) أقول : يعنى ليسا حكما من قبيل الخمسة المستثناة ، وإنما أولنا به ليستقيم التعليل الذى ذكره بقوله لأنهما الخ فتأمل (قوله كما أنه ينتفى بانتفاء الواحدة) أقول : يعنى إذا انحصرت علة الثبوت فيها . أما إذا ثبت الحكم بعلل شتى ، فلو ثبت شىء منها لم ينتف الحكم .

بما شاء) لأن الجراد من صيد البر فإن الصيد مالا يمكن أخذه إلا بحيلة ويقصده الآخذ (وتمرة خير من جرادة) لقول عمر رضي الله عنه : تمرة خير من جرادة (ولا شيء عليه في ذبح السلحفاة) لأنه من الهوام والحشرات فأشبه الخنافس والوزغات ، ويمكن أخذه من غير حيلة وكذا لا يقصد بالأخذ فلم يكن صيدا (ومن حلب صيد الحرم فعليه قيمته) لأن اللبن من أجزاء الصيد فأشبه كله (ومن قتل مالا يؤكل لحمه من الصيد كالسباع ونحوها فعليه الجزاء) إلا ما استثناه الشرع وهو ماعددناه .وقال الشافعي رحمه الله : لا يجب الجزاء لأنها جبلت على الإيذاء فدخلت في الفواسق المستثناة . وكذا اسم الكلب يتناول السباع بأسرها لغة .

في التجنيس . والقملتان والثلاث كالواحدة . وفي الزائد على الثلاث بالغا مابلغ نصف صاع . وهذا إذا قتلها قصدا وكذا لو ألقى ثوبه في الشمس لقصد قتلها كان عليه نصف صاع بر ونحوه . ولو ألقاه لا للقتل فماتت لاشيء عليه (قوله لأن الجراد من صيد البر) عليه كثير من العلماء . ويشكل عليه ما في أبي داود والترمذي عن أبي هريرة قال « خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة أو عمرة . فاستقبلنا رجل من جراد فجعلنا نضربه بسياطنا وقسينا (١) فقال لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم : كلوه فإنه من صيد البحر » وعلى هذا لا يكون فيه شيء أصلا . لكن تظاهر عن عمر إلزام الجزاء فيها . في الموطإ أنبأنا يحيى بن سعيد أن رجلا سأل عمر عن جرادة قتلها وهو محرم فقال عمر لكعب : تعال حتى نحكم . فقال كعب : درهم . فقال : عمر : إنك لتجد الدراهم . تمرة خير من جرادة . ورواه ابن أبي شيبة عنه بقصته . ورواه عبد الرزاق عن إبراهيم أن كعبا سأل عمر فذكر معناه . وقال : حدثنا محمد بن راشد عن مكحول أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه سئل عن الجراد يقتله المحرم فقال : تمرة خير من جرادة . وتبع عمر أصحاب المذاهب . والله أعلم . وفي المحيط : مملوك أصاب جرادة وهو محرم إن صام يوما فقد زاد وإن شاء جمعها حتى تصير عدة جراد ثم يصوم يوما (قوله كالسباع ونحوها) فالسباع كالأسد والفهد والنمر والفيل . في المحيط : إن قتل خنزيرا أو قردا أو فيلا تجب القيمة خلافا لهما اهـ . وقول العتابي : الفيل المتوحش صيد ليس على ماينبغي فإن المستأنس يجب كونه صيدا أيضا لعروض الاستئناس كما قالوا في الظبي وحمار الوحش إنهما صيد وإن تألفا . وغاية الأمر أن يجري في الفيل المتألف روايتان كما أن في الطيور المصوتة روايتين . ولكن المختار فيها أنها صيد . والمراد بنحوها سباع الطير كالبازي والصقر معلما وغير معلم (قوله وكذا اسم الكلب يتناول السباع بأسرها) ويدل عليه « أنه صلى الله عليه وسلم قال داعيا على عتبة بن أبي لهب :

خبز . وقول عمر رضي الله عنه (تمرة خير من جرادة) قصته أن أهل حمص أصابوا جرادا كثيرا في إحرامهم فجعلوا يتصدقون مكان كل جرادة بدرهم ، فقال عمر رضي الله عنه : أرى دراهمكم كثيرة يا أهل حمص ، تمرة خير من جرادة . قال (ومن حلب صيد الحرم) اللبن من أجزاء الصيد لقوله تعالى ـ نسقيكم مما في بطونه ـ وكلمة من للتبعيض . وقوله (كالسباع) أي سباع البهائم (ونحوها) أي سباع الطير . وقوله (وكذا اسم الكلب يتناول السباع بأسرها لغة) يعني أن النبي صلى الله عليه وسلم استثنى الكلب العقور وليس المراد به الكلب المعروف فإنه أهلي وليس بصيد . فكان المراد مايتكلب : أي يشتد فيتناول الأسد والفهد والنمر وغيرها . فكان كأن الله تعالى قال : ـ لاتقتلوا الصيد وأنتم حرم إلا ماكان مؤذيا . ولو كان النص بهذه الصفة لم يتناول إلا مأكول اللحم فكذا

---

(١) (قوله وقسينا) هكذا في النسخ التي بيدنا . والذي في سنن أبي داود : وعصينا . ولعله الأنسب ، وليحرر اهـ مصححه .

ولنا بأن السبع صيد لتوحشه ، وكونه مقصودا بالأخذ إما لجلده أو ليصطاد به أو لدفع أذاه ، والقياس على الفواسق ممتنع لما فيه من إبطال العدد ،

« اللهم سلط عليه كلبا من كلابك ، فافترسه سبع »(قوله وكونه مقصودا بالأخذ)هذا زيادة قيد على ماقدمناه فى معنى الصيد لم يذكره فى تعريفه السابق فيلزم إما فساد السابق أو هذا اللاحق (قوله لما فيه من إبطال العدد) العدد المنصوص هو الخمس فيلزم من الإلحاق به قياسا أن يكون المستثنى شرعا أكثر من خمس فيبطل العدد : أى ينتفى فائدة تخصيص اسمه دون غيره من الأعداد المحيطة بالملحق وغيره أو الإطلاق : أعنى ذكره باسم عام مثل أن يقول : يقتل كل عاد منتهب ، وفيه نظر من وجوه : أما أولا فإن مثله يلزم فى مفهوم الصفة فيقال مثلا : لو جاز نكاح الأمة الكتابية لم يبق لذكر المؤمنات فى قوله تعالى ـ من فتياتكم المؤمنات ـ فائدة ، وكذا فى المقيد بالشرط وسائر المفاهيم المخالفة ، فما هو جوابكم عن هذا فهو بعينه جوابنا عن مفهوم العدد . وأما ثانيا فإن عدد الخمس قد تحقق عدم قصر الحكم عليه شرعا وفرغ من ذلك ، فإنه قد ثبت النص على الذئب والحية أيضا فى أحاديث لم ينص فى صدرها على عدد بل قال : يقتل المحرم كذا، وكذا إلى آخر ماروينا من قريب ، فثبت عدم إرادة قصر ذلك الحكم على الخمس فانفتح باب القياس ، إذ حديث الفواسق تخصيص الآية ، ودليل التخصيص يعلل ويلحق بما أخرجه ماتخرجه العلة أيضا بالاتفاق . وأما ثالثا فإن المصنف رحمه الله جوز إلحاق الذئب بطريق الدلالة ، وعلى تقديره يبطل أيضا العدد ، وكون الثابت دلالة ثابتا بالنص لايخرج به الحال عن أنه بطل خصوص الخمس . ويجىء فيه عين ماتقدم من أنه لو أراده لذكر عدد يحيط به معها فيقول ست من الفواسق . سلمناه لكن الإلحاق بالدلالة لابد فيه على ماعرف من معنى جامع غير أنه لايتوقف سوى على فهم اللغة دون أهلية الاجتهاد ولذا سماه كثير القياس الجلى ونسميه نحن الثابت بمعنى النص لغة ، وإذا كان كذلك فلابد من تعيينه فما عينتموه من قولكم لأنها مبتدئات بالأذى ونحوه أو غيره فى إلحاق الذئب فهو الذى يلحق باعتباره سائر السباع ، فإن سميتم ذلك دلالة فهذا أيضا دلالة . وأما رابعا فإنا لم نخرجه بالقياس بل بالنص ، وهو ماقدمناه من حديث أبى داود والترمذى من قوله عليه الصلاة والسلام « وكل سبع عاد » وقال الترمذى : حسن . فإن قيل : نقول من الرأس يخرج مجموع مانص على إخراجه وهو الحية والعقرب والفأرة والكلب والغراب والذئب والحدأة والسبع العادى . على أن المراد به فى حالة اعتدائه وهو ما إذا صال على المحرم فإنه حقيقة اسم الفاعل ، وبه نقول : إنه إذا صال فقتله فلا شىء عليه كما سنذكره ، ثم نمنع الإلحاق لأنه حينئذ ناسخ على أصولنا لامخصص لاشتراطنا المقارنة فى المخصص الأول . فما لم يقارن به يكون العموم مرادا ، فإذا أخرج بعضه بعد الحكم بإرادة الكل كان نسخا لأنه بعد تعلق الحكم بالفرد المخرج والتخصيص بيان عدم إرادة المخرج ، وإذا كان ناسخا عندنا فلا يلحق إذ لانسخ بالقياس . قلنا : لانخرج بالقياس بل بالدلالة ، فإن أخذتم فى الجامع الدلالى كونها تعيش مخالطة بالاختطاف والانتهاب كما ذكر بعضهم

هذا (ولنا أن السبع صيد لتوحشه) وتنفره من الناس (وكونه مقصودا بالأخذ إما لجلده أو ليصطاد به أو لدفع أذاه) وكل ما هو صيد يتناوله قوله تعالى ـ لاتقتلوا الصيد ـ فيجب الجزاء بقتله (والقياس على الفواسق ممتنع لما فيه من إبطال العدد) وكذلك الإلحاق بها دلالة لأن الفواسق مما تعدو علينا وعلى مواشينا بالقرب منا ، والسبع ليس كذلك لبعده عنا فلا يكون فى معنى الفواسق ليلحق بها ، واسم الكلب وإن تناوله لغة لم يتناوله عرفا

(قوله والسبع ليس كذلك لبعده عنا فلا يكون فى معنى الفواسق ليلحق بها) أقول : وهذا يدل على امتناع القياس أيضا .

واسم الكلب لايقع على السبع عرفا والعرف أملك (ولايجاوز بقيمته شاة) وقال زفر رحمه الله : تجب قيمته بالغة ما بلغت اعتبارا بمأكول اللحم . ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « الضبع صيد وفيه الشاة »

منعنا أن الحكم باعتباره وأسندناه بإخراج الذئب وهو لايعيش مخالطا . والحق أن الوجه المذكور يصلح إلزاميا للخصم لأن الدلالة عندهم وهي التي يسمونها مفهوم الموافقة يشترط فيها كون المسكوت أولى بالحكم من المذكور . فهم منع الضرب من منع التأفيف . ولا تظهر أولوية السباع بإباحة القتل من الفواسق بل غايته المماثلة . وأما إثبات منع قتلها على أصولنا ففيه ماسمعت . ولعل لعدم قوة وجهه كان فى السباع روايتان كما هو فى المحيط حيث قال وفى ظاهر الرواية السباع كلها صيود . وعن أبى يوسف رحمه الله أن الأسد كالكلب العقور والذئب . وفى العتابى : لاشيء فى الأسد ، وقال أبو حنيفة رحمه الله : يجب . وقدمنا من البدائع التصريح بحل قتل الأسد والفهد والنمر أول الباب من غير ذكر خلاف (قوله واسم الكلب لايقع على السبع عرفا) ظاهر تخصيصه بالعرف أنه يقع عليها لغة بطريق الحقيقة ، وعلى هذا التقدير يتم مقصود الشافعى رحمه الله . فإن الخطاب كان مع أهل اللغة ولم يثبت فيه تخصيص من الشرع بغير السبع ، بل ثبت استعماله فيه على ماسمعته عنه عليه الصلاة والسلام من قوله « اللهم سلط عليه كلبا . فافترسه سبع » فالأولى منع وقوعه على السباع حقيقة لغة ولفظ الكلب فى دعائه عليه الصلاة والسلام مستعمل فى المعنى المجازى العام : أعنى المفترس الضارى . لايقال : ادعاؤنا أنه فى كل السباع حقيقة هو دعوى أنه فى كل مفترس ضار حقيقة ، والأفراد حينئذ أفراد المعنى الكلى . فدار الأمر بين كونه فى العام مجازا كما قلتم أو مشتركا معنويا ، والاشتراك المعنوى أولى بالاعتبار عند التردد بينه وبين المجاز . لأنا نقول : ذلك عند التردد وهو عند عدم دليل عدمه . وتبادر النوع المخصوص المعروف عند إطلاق لفظ الكلب دليل عدمه . إذ لو كان للمعنى الأعم لم يتبادر خصوص بعضها ، وإذا تبادر خصوص بعضها كان ظاهرا فى أن الوضع كان لذلك المعين فيجب اعتباره لذلك وإن جاز عروض تبادر البعض بعينه لعروض شهرة وغلبة استعمال لأن الظاهر هو الذى يجب المصير إليه لا المجوز إلا أن يدل دليل عليه ويتحقق كذلك (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « الضبع صيد وفيه شاة ») وفى بعض النسخ سبع . وليس بمعروف بل المعروف حديث جابر قال « سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الضبع أصيد هو ؟ قال : نعم ، ويجعل فيه كبش إذا صاده المحرم » رواه أبوداود وانفرد بزيادة فيه كبش ، والباقون رووه ولم يذكروها فيه . ورواه الحاكم بهذه الزيادة عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الضبع صيد ، فإذا أصابه المحرم ففيه كبش مسن ويؤكل » وهذا دليل أكله عند الخصم وسيأتى فى موضعه . والمصنف إن استدل بلفظ السبع فغير ثابت ، وإن استدل بلفظ الضبع بناء على أنه

(والعرف أملك) أى أقوى وأرجح فى هذا الموضع كما فى الأيمان لبنائه على الاحتياط والاحتياط فى إيجاب الجزاء . وقوله (ولا يجاوز بقيمته شاة) الباء للتعدية وشاة مرفوع لكونه مسندا إليه . ومعناه : لايجاوز بقيمة الذى لايؤكل لحمه من الصيود قيمة شاة فى ظاهر الرواية . وروى الكرخى أنه ينقص من الدم (وقال زفر : تجب قيمته بالغة مابلغت اعتبارا بمأكول اللحم) والجامع الضمان (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « الضبع صيد وفيه الشاة ») فلما ورد

قوله وقال زفر : تجب قيمته الخ) أقول : الظاهر ماقاله زفر رحمه الله لكون ظاهر الآية معه على مامر تفسيرها ، وكل السباع لايقاس إلى الضبع فإن منها مايباع بأعلى الأثمان كالفيل والأسد والببر ، ولانسلم أن جلد كل منها لايزداد على قيمة الشاة ، وجواب الأول يعلم من قوله لأنه محارب الخ فتأمل .

ولأن اعتبار قيمته لمكان الانتفاع بجلده لا لأنه محارب موذ ، ومن هذا الوجه لايزاد على قيمة الشاة ظاهرا (وإذا صال السبع على المحرم فقتله لاشيء عليه) وقال زفر : يجب الجزاء اعتبارا بالجمل الصائل . ولنا ما روى عن عمر أنه قتل سبعا وأهدى كبشا وقال : إنا ابتدأناه ، ولأن المحرم ممنوع عن التعرّض لاعن دفع الأذى ، ولهذا كان مأذونا فى دفع المتوهم من الأذى كما فى الفواسق » فلأن يكون مأذونا فى دفع المتحقق منه أولى ،

سبع عندنا وغير مأكول تقديما للنهى عن أكل كل ذى ناب من السباع فنقول : يجب حمله على أنه كان قدر المالية فى وقت التنصيص وإلا تلزم المعارضة بينه وبين قوله تعالى ـ فجزاء مثل ماقتل من النعم ـ على أن المراد قيمة ماقتل من النعم ، وإذا كنتم قلتم فى حديث جابر إن ما بين السنين فى الزكاة من كونه مقدرا بشاتين أو عشرين درهما مع أنه ثابت فى الصحيح من كتاب الصديق أن التقدير به كان لأنه قدّر التفاوت فى ذلك الزمان لا أنه تقدير لازم فى كل زمان فلأن تقولوا مثله فى هذا الحديث مع أنه لم يبلغ درجة ذلك الحديث فى الصحة وكون ذلك مخلصا من المعارضة التى ذكرناها أولى ، وقوله فى الوجه المعقول (ولأن اعتبار قيمته لمكان الانتفاع بجلده لا لأنه محارب موذ) يعنى لأنه من هذا الوجه ساقط الجزاء مع أنه يخالف قوله قبله بأسطر (وكونه مقصودا بالأخذ إما لجلده أو ليصطاد به أو لدفع أذاه) حيث زاد باعثا آخر معارض بعموم قوله تعالى ـ ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ماقتل من النعم ـ أوجب قيمة المقتول مطلقا فتعين قيمة مجرد جلده فى بعض المقتول خروج عن مقتضاه مع أن أخذه لم ينحصر فى طلب جلده كما ذكره هنا ، بل قد يكون لغرض أن يصطاد به كما ذكره قبله ، ومن هذا الوجه تجب قيمته (قوله وقال : إنا ابتدأناه) هذا غريب لايعرف ، وبتقدير ثبوته فإنما يفيد عدم الجزاء إذا كان المبتدى السبع بمفهوم المخالفة . وهو ليس بحجة عندهم . ولا يمكن استناد عدم الوجوب فيه إلى العدم الأصلى لأن العدم الأصلى قد نسخ بإيجاب الجزاء فى الصيد على العموم ، فما لم يخرجه دليل صحيح فهو داخل فى الحكم العام

الشرع بتقدير لايزاد عليه برأى لأن المقادير تعرف سماعا (ولأن اعتبار قيمته لمكان الانتفاع بجلده) إذ اللحم غير مأكول (لا لأنه محارب) كما فى بعض السباع والفيل يعلمه أهل الهند المحاربة بحيث يكسر العسكر ، وهو معنى مطلوب للملوك والسلاطين لكنه خارج عن الصيدية فلا يعتبر ، ولا لأجل معنى الإيذاء فيه لأن الإيذاء معنى لاتقوّم له شرعا فبقى اعتبار الجلد (ومن هذا الوجه لايزاد على قيمة الشاة ظاهرا) وقوله (وإذا صال السبع على المحرم) أى وثب (فقتله لاشيء عليه . وقال زفر : يجب الجزاء) عليه (اعتبارا بالجمل) إذا صال على إنسان فقتله الإنسان فإنه يجب قيمته وإن قتله دفعا عن نفسه (ولنا ما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قتل سبعا وأهدى كبشا ، وقال إنا ابتدأناه) علل الإهداء بالابتداء ، فدل على أن الدافع لايجب عليه شيء وإلا لم يبق للتعليل فائدة . واعترض بأن التخصيص بالذكر لايدل على نفى الحكم عما عداه فلا يصح الاستدلال . وأجيب بأن ذلك فى خطابات الشرع ، أما فى الروايات فيدل . وفيه نظر لأن قول عمر فى هذا المحل بمنزلة خطابات الشرع لأنه فى حيز الاستدلال به فلا يفيده . والجواب أن الاستدلال إنما هو بفعله ، وقوله رواية فيفيده . وقوله (ولأن المحرم ممنوع عن التعرّض) استدلال بدلالة حديث الفواسق . ووجهه أن قتلها أبيح دفعا للأذى الموهوم ، فلأن يباح

(قوله وفيه نظر ، لأن قول عمر رضى الله عنه فى هذا المحل بمنزلة خطابات الشرع الخ) أقول : والجواب أن عدم دلالة التخصيص على نفى الحكم عما عداه إنما هو فى كلام الله تعالى وكلام نبيه صلى الله عليه وسلم ، وأما كلام غيرهما فليس كذلك بل بمنزلة الروايات كما يعلم من الأصول ، وهذا هو مراد المجيب ولاشك فى صحته (قوله والجواب أن الاستدلال إنما هو بفعله الخ) أقول : كيف يستدل بفعله ولا تعلق له بالمدعى

ومع وجود الإذن من الشارع لايجب الجزاء حقا له ، بخلاف الجمل الصائل لأنه لا إذن من صاحب الحق وهو العبد (فإن اضطر المحرم إلى قتل صيد فقتله فعليه الجزاء) لأن الإذن مقيد بالكفارة بالنص على ماتلوناه من قبل (ولا بأس للمحرم أن يذبح الشاة والبقرة والبعير والدجاجة والبط الأهلي) لأن هذه الأشياء ليست بصيود لعدم التوحش ، والمراد بالبط الذى يكون فى المساكن والحياض لأنه ألوف بأصل الخلقة (ولو ذبح حماما مسرولا فعليه الجزاء) خلافا لمالك رحمه الله . له أنه ألوف مستأنس ولا يمتنع بجناحيه لبطء نهوضه ،

فالأوجه الاستدلال بحديث أبي داود الذى ذكر فيه السبع العادى . والوجه الذى ذكره من الاستدلال بدلالة نص قتل الفواسق فإنه أباحه لتوهم الأذى له : أى للقاتل أو لأبناء نوعه ، فمع تحقق الإيذاء له نفسه أولى ، وإذا ثبت الإذن من صاحب الحق سقط الضمان إلا أن يقيد الإذن به ، فما لم يقيد الإذن بالضمان لايجب ، فلذا قلنا بوجوب الجزاء إذا اضطر المحرم إلى قتل الصيد لمأكله عند عدم صياله لتقيد الإذن فيه بالكفارة . وهو قوله تعالى ـ فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية ـ الآية (قوله بخلاف الجمل الصائل فإنه لا إذن من صاحب الحق) فيضمنه له . وطولب بالفرق بينه وبين العبد إذا صال بالسيف على إنسان فقتله المصول عليه لايضمنه مع أنه لا إذن أيضا من مالكه . أجيب بأن العبد مضمون فى الأصل حقا لنفسه بالآدمية لا للمولى لأنه مكلف كسائر المكلفين من أقرانه ؛ ألا ترى أنه لو ارتد أو قتل يقتل ، وإذا كان ضمان نفسه فى الأصل له سقط بمبيح جاء من قبله وهو المحاربة ، ومالية المولى فيه وإن كانت متقومة مضمونة له فهى تبع لضمان النفس فيسقط التبع فى ضمن سقوط الأصل (قوله مسرولا) بفتح الواو : أى فى رجليه ريش كأنه سراويل

قتل السبع دفعا للأذى المحقق أولى فكان مأذونا بقتله من الشرع (ومع وجود الإذن منه لايجب الجزاء حقا له) لسقوطه بإذنه . فإن قيل : الإذن من الشرع لايستلزم سقوط الجزاء ، فإن المحرم إذا حلق رأسه أو تطيب لعذر فهو مأذون من الشرع ولم يسقط الجزاء . فالجواب ما يذكره بعد هذا بقوله (لأن الإذن مقيد بالكفارة بالنص على ماتلوناه) وهو قوله تعالى ـ فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ـ الآية ، فكان فائدة الإذن دفع الحرمة لاغير . وتقريره أن بقاء الجزاء مع إذن صاحب الحق ثابت بالنص ، فلا يقاس عليه غيره . لايقال : فليلحق بطريق الدلالة لأن الضرورة فى الصول ليست كالضرورة فى حلق الرأس ، لأن الأولى نادرة والثانية كثيرة (بخلاف الجمل الصائل لأنه لا إذن من صاحب الحق وهو العبد) ونوقض بالعبد صال بالسيف على رجل فقتله المصول عليه لايضمن والإذن لم يوجد من مالكه . وأجيب بأن العبد مضمون فى الأصل بأنه آدمى حقا للعبد لا حقا للمولى لكونه مكلفا كمولاه وغيره ، فإذا جاء المبيح من قبله وهو المحاربة أسقط حقه كما إذا ارتد وسقوط ماليته التى هى ملك المولى إنما كان فى ضمن سقوط الأصل وهو نفسه فلا معتبر به كما إذا ارتد . وقوله (وإن اضطر المحرم) ظهر معناه لما ذكرناه آنفا ، وقوله (والمراد بالبط) يعنى المذكور فى القدورى البط (الذى يكون فى المساكن) وهو الذى يكون طيرانه كالدجاج فى البطء ، ويجوز ذبحه للمحرم . والمسرول بالفتح حمام فى رجليه

(قوله والثانية كثيرة) أقول : وإذا كان الثانى أكثر كان إلى شرع الزاجر أحوج ليمتنع الناس (قال المصنف : ومع وجود الإذن من الشارع لايجب الجزاء حقا له) أقول : منقوض بقوله صلى الله عليه وسلم « فليكفر وليحنث » ويجوز أن يقال ذلك على خلاف القياس » (قال المصنف : والمراد بالبط الذى يكون فى المساكن والحياض) أقول : وأما البط الذى يطير فهو صيد يجب الجزاء بقتله ؛

ونحن نقول : الحمام متوحش بأصل الخلقة ممتنع بطيرانه وإن كان بطيء النهوض والاستئناس عارض فلم يعتبر (وكذا إذا قتل ظبيا مستأنسا) لأنه صيد فى الأصل فلا يبطله الاستئناس كالبعير إذا ندّ لا يأخذ حكم الصيد فى الحرمة على المحرم (وإذا ذبح المحرم صيدا فذبيحته ميتة لا يحل أكلها) وقال الشافعي رحمه الله : يحل ماذبحه المحرم لغيره لأنه عامل له فانتقل فعله إليه . ولنا أن الذكاة فعل مشروع وهذا فعل حرام فلا يكون ذكاة كذبيحة

(قوله الحمام متوحش بأصل الخلقة) والاستئناء عارض ، بخلاف البط الذى يكون فى الحياض والبيوت فإنه ألوف بأصل الخلقة (قوله لأنه عامل لغيره) يقتضى ظاهرا أن اللام فى لغيره يتعلق بذبحه لا بيحل ، ولفظ المبسوط : وقال الشافعي : لا يحل للمحرم القاتل ويحل لغيره من الناس يقتضى تعلقه بيحل ، وهو الحق عن الشافعي وهو أحد قوليه . ويمكن توجيه التعليل على هذا الاعتبار بأنه لما لم يحل للقاتل وحل لغيره لم ينزله الشرع عاملا لنفسه بل لغيره فصار عاملا لغيره شرعا وإن لم يقصد هو ذلك فانتقل فعله إليهم فحل لهم سواء ذبح لأجلهم أو لنفسه

ريش كأنه سراويل ، من سرولته إذا ألبسته السراويل . وقوله (ونحن نقول الحمام متوحش) تقريره الحمام متوحش (بأصل الخلقة ممتنع بطيرانه) وكل ماهو كذلك فهو صيد (والاستئناس عارض) جواب لمالك ومعناه الاعتبار للمعانى الأصلية دون العوارض . وعورض بأن الحمام لا يحل بذكاة الاضطرار ، حتى لو رمى سهما إلى برج الحمام فأصاب حماما مسرولا ومات قبل أن تدرك ذكاته لم يحل ، ولو كان صيد الحل . وأجيب بأن مدار صحة ذكاة الاضطرار هو العجز دون الصيدية ؛ ألا ترى أن البعير إذا ندّ حلّ بذبح الاضطرار وليس بصيد لوجود العجز عن ذكاة الاختيار . والعجز فى الحمام غير موجود لأنه يأوى فى الليل إلى برجه . وقوله (وكذا إذا قتل ظبيا) ظاهر . قال (وإذا ذبح المحرم صيدا فذبيحته ميتة لا يحل أكلها ، وقال الشافعي رحمه الله) فى أحد قوليه (إذا ذبحه المحرم لغيره حل لأنه عامل له) حيث ذبحه له وكل من فعل لشخص انتقل إليه ذلك الفعل كما فى عامة النيابات فصار كأنه هو الذى ذبحه ، ولو ذبحه ذلك الغير لنفسه جاز له أن يأكله ، فكذا إذا ذبحه له المحرم . فإن قلت : عبارة المصنف وتعليله يدل على أن المذبوح يحل له ولغيره ، وذلك لأن التعليل إنما يستقيم إذا كان قوله لغيره متعلقا بذبحه لأنه حينئذ يكون عاملا له . وإذا كان متعلقا به بقى يحل على إطلاقه ، وذبيحة المحرم سواء كانت لنفسه أو لغيره حرام عليه عنده أيضا قولا واحدا . قلت : أرى أن يكون قوله لغيره يخدم الفعلين جميعا . وتقديره يحل لغيره ماذبحه المحرم لغيره . وتخرج نفسه من ذلك لأن التقييد فى الروايات مقيد بالاتفاق . فإن قلت : تعليله هذا لا يخلو إما أن يكون صحيحا أو لا . فإن كان الثانى لم تتم الدعوى ، وإن كان الأول لزم أن يحل له لأن الفعل قد انتقل إليه . ولو ذبح حلال صيدا حل أكله للمحرم إن لم يدل عليه أو يشر إليه . قلت : التعليل صحيح . ولكن لا يحل له لأن الدلالة إذا كانت محرمة فالمباشرة لا تتقاعد عن الدلالة وإن انتقل الفعل إلى غيره حكما (ولنا أن الذكاة فعل مشروع) بالاتفاق ، وذبح المحرم ليس بفعل مشروع بالنص قوله

كذا فى الكافى فيكونان من جنسين مختلفين ، وإلا لشمل الوجود أو العدم (قوله فإن قلت : عبارة المصنف وتعليله يدل على أن المذبوح يحل له ولغيره) أقول : فإن قيل : مقتضى هذا التعليل أن لا يحل لغيره إذا كان ذلك الغير محرما لأنه لما انتقل فعل الذابح إليه كان ذابحا وذبيحة المحرم تحرم عليه . قلنا : ذلك أمر حكمى لم تقع منه مباشرة حقيقة فلا يكون سببا للحرمة عليه (قوله وذلك لأن التعليل إنما يستقيم الخ) أقول : ممنوع ، بل إذا تعلق بيحل يستقيم أيضا ، وكونه عاملا له إنما هو فى حكم الشرع ، فإنه لما حرم عليه لم يجعله الشرع عاملا لنفسه بل لغيره فتأمل (قوله حرام عليه عنده أيضا قولا واحدا) أقول : ممنوع ، بل إذا حل من الإحرام يحل له أيضا عنده صرح به الزيلعى

المجوسى ، وهذا لأن المشروع هو الذى قام مقام الميز بين الدم واللحم تيسيرا فينعدم بانعدامه

(قوله وهذا لأن المشروع الخ) حاصله إثبات الملازمة بين المشروعية والإقامة مقام الميز . ثم نفى الثانى فينتفى الأول : أعنى المشروعية وهو المفاد بقوله فينعدم المشروع لانعدامه : أى لانعدام الفعل الذى أقيم ونحن إلى غير هذا الكلام أحوج فى إثبات المطلوب . فإن حاصل هذا إثبات المقدمة القائلة وهذا فعل حرام . وهى إن كانت من المسلمات بيننا وبين الشافعى لم يحتج إليه ، وإن كانت ممنوعة عنده لاينتهض المذكور مثبتا لها عليه . فإنه إذا منع الحرمة منع عدم الإقامة مقام الميز لكنها مسلمة ، ونحن نحتاج بعد تسليم حرمة الفعل إلى أمر زائد . فإن مجرد حرمته لايوجب حرمة اللحم مطلقا ، كالوذبح شاة الغير لابإذنه لايصير لها حكم الميتة مع حرمة الفعل فيقال : وهذا فعل حسى محرم فيكون ذلك لقبح اعتبر فى عينه على ماهو الأصل عندنا فى إضافة التحريم إلى الأفعال الحسية أنه يضاف القبح إلى عينها لعدم المانع بخلاف الشرعية إلا أن يقوم دليل على خلاف ذلك كما فى ذبح شاة الغير ، ونعنى بثبوت القبح لذاته مع أنه إنما ذبح لغرض صحيح هو أن يأكله كون الشرع اعتبره قبيحا لعينه لأنه جعله عبثا حيث أخرج الذابح عن الأهلية والمذبوح عن المحلية فصار فعلا فى غير محله فكان عبثا باعتبار الشارع . كما لو اشتغل عاقل بذبح حجر ونحوه فإنه يعدّ جنونا أو سخرية ، بخلاف شاة الغير فإنه لم يثبت إخراجها عن محلية الذبح شرعا للأجنبى وإخراجه عن الأهلية بالنسبة إليها فلم يعدّ عبثا شرعا ، وإذا صار ذبح المحرم عبثا شرعا صار قبيحا لعينه فلا يفيد حكم الحل فيما كان محرم الأكل : أعنى الصيد قبل ذبحه . بقى دليل الإخراجين ، وذلك أن قوله تعالى ـ وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما ـ يفيدهما ، وقوله تعالى ـ لاتقتلوا الصيد وأنتم حرم ـ يفيد إخراج المحرم عن أهلية الذبح فقط ، وهذا لأن الأول أضاف التحريم إلى العين وهى تفيد المبالغة ، فإن الأصل أن تضاف الأحكام إلى أفعال المكلفين . فإذا أضيفت إلى العين كان إخراجا له عن محلية الفعل الذى هو متعلق الحرمة بالأصالة ، فإنه جعل نفس هذا العين حراما ونفس الحرام لايقترب منه فكان منعا عن الاقتراب منه نفسه ، وهذا إخراجه عن المحلية . ولو قلنا إن إضافته إلى العين يجب أن تكون مجازا عقليا لم يضرنا ، إذ العدول عن إضافته إلى الفعل إلى إضافته إلى نفس العين سببه ماقلنا . وأفاد الثانى أن التحريم بمعنى من جهة الذابح وهو الإحرام فأوجب إخراجه عن الأهلية ، والإحرام هو السبب فى الأمرين معا على التحقيق فلذا قال فى المسئلة التى تلى هذه لأن الإحرام هو الذى أخرج الصيد عن المحلية والذابح

تعالى ـ لاتقتلوا الصيد ـ سماه قتلا دون الذبح أو الذكاة إشارة إلى أنه لايوجب الحل ونهاهم عنه ، وهو يدل على التحريم لعينه لكونه بمعنى النفى . ونوقض بذبح شاة الغير بغير إذنه فإنه حرام لامحالة ، فكان الواجب أن لايقع ذكاة ولا يحل أكله وليس كذلك . والجواب أن المصنف رحمه الله أشار إلى الجواب عن هذا بقوله (وهذا لأن المشروع) أى من الذبح (هو الذى قام مقام الميز بين الدم واللحم تيسيرا) وبيانه أن الدم متجسس للحيوان فلا بدّ من تمييزه عن اللحم ليصلح للأكل وذلك أمر متعسر خفى ، وله سبب ظاهر وهو قطع عروق الذبح فأقيم الذبح مقام الميز بين الدم واللحم تيسيرا ، والذبح الذى قام مقامه معدوم ههنا لأن المقيم لذلك هو الشرع ، ولم يقم ههنا حيث أخرج الصيد عن المحلية بالنسخ يعنى بقوله تعالى ـ وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما ـ كما قال ـ حرّمت عليكم أمهاتكم ـ فأخرجهن عن محلية النكاح ، بخلاف ذبح شاة الغير بغير أمره فإن الشرع لم يخرجها

(قوله ونهاهم عنه إلى قوله بمعنى النفى) أقول : إذ النهى فى الأفعال الحسية بمعنى النفى كما حقق فى علم الأصول .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

(فإن أكل المحرم الذابح من ذلك شيئا فعليه قيمة ما أكل عند أبي حنيفة) رحمه الله (وقالا : ليس عليه جزاء ما أكل ، وإن أكل منه محرم آخر فلا شيء عليه في قولهم جميعا) لهما أن هذه ميتة فلا يلزمه بأكلها إلا الاستغفار وصار كما إذا أكله محرم غيره. ولأبي حنيفة رحمه الله أن حرمته باعتبار كونه ميتة كما ذكرنا ، وباعتبار أنه محظور إحرامه لأن إحرامه هو الذي أخرج الصيد عن المحلية والذابح عن الأهلية في حق الذكاة فصارت حرمة التناول بهذه الوسائط مضافة إلى إحرامه بخلاف محرم آخر لأن تناوله ليس من محظورات إحرامه (ولا بأس بأن يأكل المحرم لحم صيد اصطاده حلال وذبحه إذا لم يدل المحرم عليه ولا أمره بصيده) خلافا لمالك رحمه الله فيما إذا اصطاده لأجل المحرم.

عن الأهلية (قوله فعليه قيمة ما أكل عند أبي حنيفة) يعني سواء أدى ضمان المذبوح قبل الأكل أو لا ، غير أنه إن أدى قبله ضمن ما أكل على حدته بالغا ما بلغ ، وإن كان أكل قبله دخل ضمان ما أكل في ضمان الصيد فلا يجب له شيء بانفراده . وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي : لا رواية في هذه المسئلة ، فيجوز أن يقال : يلزمه جزاء آخر ، ويجوز أن يقال : يتداخلان ، وسواء تولى صيده بنفسه أو أمر غيره أو أرسل كلبه . ولا فرق بين أن يأكل المحرم أو يطعم كلابه في لزوم قيمة ما أطعم لأنه انتفع بمحظور إحرامه (قوله فصارت حرمة التناول الخ) يعني أن حرمة التناول بواسطة أنه ميتة وكونه ميتة بواسطة خروجه عن الأهلية والصيد عن المحلية وثبوتهما معا بواسطة الإحرام ، فكان الأكل من محظورات إحرامه بواسطة ، وسبب السبب سبب خصوصا وهذه حرمة يحتاط في إثباتها لما تقدم من شرع الكفارة مع العذر فيجب به الجزاء ، وبهذا التعليل استغنى الشيخ عن إيراد الفرق بين هذا وبين ما لو أكل الحلال من لحم ذبحه من صيد الحرم بعد أداء قيمته ، لأن الأكل ليس من محظورات الحرم بل تفويته الأمن الذي استحقه بحلوله في الحرم فقط وقد ضمنه إذ فوّته فكان حرمته لكونه ميتة فقط . وعن هذا ما في خزانة الأكمل : لو شوى المحرم بيض صيد فعليه جزاؤه وللحلال أكله ، ويكره بيعه قبل ذلك ، فإن باعه جاز ويجعل ثمنه في الفداء إن شاء ، وكذا شجر الحرم واللبن ، وكذا لو شوى جرادا أو بيضا ضمنه ، ثم إن أكله لا جزاء عليه ولا يحرم بخلاف الصيد (قوله خلافا لمالك فيما إذا اصطاده لأجل المحرم) يعني بغير أمره ،

عن المحلية فكان منهيا ، والنهي يدل على المشروعية كما عرف في الأصول . وقوله (فإن أكل المحرم الذابح من ذلك شيئا فعليه قيمته عند أبي حنيفة) قال الإمام الإتقاني (إذا أكل بعد ما أدى الجزاء ، وأما إذا أكل قبل ذلك فقد دخل قيمة ما أكل في الجزاء). وقوله (وقالا) ظاهر . وقوله فصارت حرمة التناول بهذه الوسائط) يريد أن حرمة التناول باعتبار كونه ميتة ، وكونه ميتة باعتبار خروج الصيد عن المحلية وخروج الذابح عن الأهلية وذلك باعتبار الإحرام فكانت الحرمة (مضافة إلى الإحرام) بهذه الوسائط فكان متناولا محظور إحرامه فيجب عليه الجزاء . وظهر من هذا الجواب عما إذا ذبح الحلال صيدا في الحرم فأدّى جزاءه ثم أكل منه فإنه لا يلزمه شيء آخر لأنه لم يتناول محظور إحرامه ، وإنما وجب جزاء المحل وهو لا يتكرر ، فإن استشكل بالمحرم كسر بيض صيد فأدى جزاءه ثم شواه فأكله فإنه تناول محظور إحرامه ولم يلزمه شيء آخر . أجيب بأن وجوب الجزاء في البيض ليس لذاته بل باعتبار أنه أصل الصيد كما ذكرناه وبعد الكسر لم يبق هذا المعنى . وقوله (فيما إذا اصطاده لأجل المحرم)

(قوله أجيب بأن وجوب الجزاء في البيض ليس لذاته الخ) أقول : توضيحه انه لا مجال في البيض أن يجعل ميتة إذ ليس محلا للذبح حتى يجرى فيه ما قيل في ذبيحة المحرم (قال المصنف : له قوله صلى الله عليه وسلم « لابأس بأن يأكل المحرم لحم صيد مالم يصده أو يصاد له») أقول : قال الفاضل الطيبي في المشكاة : فيه إشكال لأن الظاهر يقتضى الجزم وغاية ما يتكلف فيه أن يقال إنه عطف على المعنى ، فإنه لو قيل مالا تصيدونه أو يصاد لكم لكان ظاهرا فيقدر هذا المعنى اه (قوله وقوله فيما إذا اصطاده لأجل المحرم الخ) أقول . وفي فتح القدير : يعني بغير أمره . أما إذا اصطاد

له قوله صلى الله عليه وسلم « لا بأس بأكل المحرم لحم صيد ما لم يصده أو يصاد له » ولنا ما روى أن الصحابة رضى الله عنهم تذاكروا لحم الصيد فى حق المحرم ، فقال صلى الله عليه وسلم « لا بأس به » واللام فيما روى لام تمليك فيحمل على أن يهدى إليه الصيد دون اللحم ، أو معناه أن يصاد بأمره . ثم شرط عدم الدلالة ، وهذا تنصيص على أن الدلالة محرّمة ،

أما إذا اصطاد الحلال لمحرم صيدا بأمره اختلف فيه عندنا ، فذكر الطحاوى تحريمه على المحرم . وقال الجرجانى : لايحرم . قال القدورى : هذا غلط واعتمد على رواية الطحاوى (قوله له قوله عليه الصلاة والسلام) الحديث على ما فى أبى داود والترمذى والنسائى عن جابر « لحم الصيد حلال لكم وأنتم حرم مالم تصيدوه أو يصاد لكم » هكذا بالألف فى يصاد ، فعارضه المصنف ثم أوّله دفعا للمعارضة . أما المعارضة فيما روى محمد بن الحسن : أخبرنا أبو حنيفة عن محمد بن المنكدر عن عثمان بن محمد عن طلحة بن عبيدالله قال « تذاكرنا لحم الصيد يأكله المحرم والنبى صلى الله عليه وسلم نائم ، فارتفعت أصواتنا فاستيقظ رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : فيم تتنازعون فقلنا : فى لحم الصيد أيأكله المحرم ؟ فأمرنا بأكله » أخرجه فى الآثار . وروى الحافظ أبو عبدالله الحسين بن خسرو البلخى فى مسند أبى حنيفة عن أبى حنيفة عن هشام بن عروة عن أبيه عن جده الزبير بن العوام قال : كنا نحمل الصيد صفيفا وكنا نتزوده ونأكله ونحن محرمون مع رسول الله صلى الله عليه وسلم » واختصره مالك فى موطئه . وأما التأويل فبوجهين ، كون اللام للملك والمعنى أن يصطاد ويجعل له فيكون تمليك عين الصيد من المحرم وهو ممتنع أن يتملكه فيأكل من لحمه ، والحمل على أن المراد أن يصاد بأمره وهذا لأن الغالب فى عمل الإنسان لغيره أن يكون بطلب منه فليكن محمله هذا دفعا للمعارضة . وقد يقال : القواعد تقتضى أن لايحكم هنا بالمعارضة والترجيح لأن قول طلحة

يعنى أن ينوى أن يكون الاصطياد له سواء أمره بذلك أو لم يأمره . وقوله (تذاكروا لحم الصيد فى حق المحرم) يريد به ما روى عن طلحة أنه قال : « تذاكرنا لحم الصيد فى حق المحرم ، فارتفعت أصواتنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم نائم فى حجرته ، فقال : فيم أنتم ؟ فذكرنا ذلك له (فقال عليه الصلاة والسلام : لا بأس به ») . وقوله (واللام فيما روى) يعنى مالكا من قوله أو يصاد له (لام تمليك فيحمل على أن يهدى إليه الصيد دون اللحم) وهذا لأن تمليك الصيد إنما يتحقق فيما إذا أهدى الصيد إلى المحرم لا فيما إذا أهدى إليه اللحم لأن اللحم لا يسمى صيدا حقيقة فيكون مقتضى الحديث حرمة تناول الصيد على المحرم ، وبه نقول لأنه ثبت « أن الصعب بن جثامة الليثى أهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم حمارا وحشيا وهو بالأبواء فردّ عليه ، فلما رأى ما فى وجهه قال : إنا لم نرده عليك إلا أنا حرم » (أو يكون معنى أو يصاد له يصاد له بأمره) واعلم أن هذا الحديث روى بالرفع أو يصاد ، وحينئذ لا تمسك له بهذه الرواية لأنه يقتضى الحل إذا صاد غيره لأجله لأنه صار معطوفا على المغيا لا على الغاية ، ورواية كتب الحديث مثل سنن أبى داود والترمذى والنسائى بالألف هكذا ، وإنما يصح له التمسك به على ما روى أو يصد له ليصير معطوفا على

الحلال لمحرم صيدا بأمره اختلف فيه عندنا فذكر الطحاوى تحريمه على المحرم . وقال الجرجانى : لايحرم . قال القدورى : هذا غلط واعتمد على رواية الطحاوى اه (قوله سواء أمره بذلك) أقول : فيه بحث ، فإنه على الوفاق لا على الخلاف كما يدل عليه كلام المصنف (قوله واعلم أن هذا الحديث روى بالرفع ، إلى قوله : لأنه صار معطوفا على المغيا لا على الغاية) أقول : فينبغى أن يكون منصوبا إلا أن يقال : هو معطوف على أن مع الفعل فلما حذف أن فى المعطوف رفع كما فى * ألا أيهذا الزاجرى أحضر الوغى * أو يقال : قد تهمل أن الناصبة حملا على أختها ما المصدرية كما فى قراءة ابن محيصن — لمن أراد أن يتمّ الرضاعة — وقول الشاعر :

أن تقرآن على أسماء ويحكما منى السلام وأن لاتشعرا أحدا

قالوا : فيه روايتان . ووجه الحرمة حديث أبي قتادة رضى الله تعالى عنه وقد ذكرناه (وفى صيد الحرم إذا ذبحه الحلال قيمته يتصدق بها على الفقراء) لأن الصيد استحق الأمن بسبب الحرم .

« فأمرنا بأكله » مقيد عندنا بما إذا لم يدله المحرم ولا أمره بقتله على ماهو المختار للمصنف إعمالا لحديث أبي قتادة ، فيجب تخصيصه بما إذا لم يصد للمحرم بالحديث الآخر لدخول الظنية فى دلالته . وحديث الزبير حاصله نقل وقائع أحوال لاعموم لها ، فيجوزكون ماكانوا يحملونه من لحوم الصيد للتزوّد مما لم يصد لأجل المحرمين ، بل هو الظاهر لأنهم يتزودونه من الحضر ظاهرا ، والإحرام بعد الخروج إلى الميقات ، فالأولى به الاستدلال على أصل المطلوب بحديث أبي قتادة على وجه المعارضة على ما فى الصحيحين ، فإنهم لما سألوه عليه الصلاة والسلام لم يجب بحله لهم حتى سألهم عن موانع الحل أكانت موجودة أم لا ، فقال صلى الله عليه وسلم « أمنكم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار إليها ؟ قالوا لا ، قال : فكلوا إذا » فلو كان من الموانع أن يصاد لهم لنظمه فى سلك ما يسأل عنه منها فى التفحص عن الموانع ليجيب بالحكم عند خلوه عنها ، وهذا المعنى كالصريح فى نفى كون الاصطياد للمحرم مانعا فيعارض حديث جابر ويقدم عليه لقوّة ثبوته ، إذ هو فى الصحيحين وغيرهما من الكتب الستة ، بخلاف ذلك ، بل قيل فى حديث جابر لحم الصيد الخ انقطاع ، لأن المطلب بن حنطب لم يسمع من جابر عند غير واحد ، وكذا فى رجاله من فيه لين . وبعد ثبوت ماذهبنا إليه بما ذكرنا يقوم دليل على ماذكره المصنف من التأويل هذا .
ويعارض الكل حديث الصعب بن جثامة فى مسلم « أنه أهدى للنبى صلى الله عليه وسلم لحم حمار ، وفى لفظ : رجل حمار ، وفى لفظ : عجز حمار ، وفى لفظ : شق حمار فردّه عليه ، فلما رأى ما فى وجهه قال : إنا لم نرده عليك إلا أنا حرم » فإنه يقتضى حرمة أكل المحرم لحم الصيد مطلقا سواء صيد له أو بأمره أو لا ، وهو مذهب نقل عن جماعة من السلف منهم على بن أبي طالب رضى الله عنه ، ومذهبنا مذهب عمر وأبي هريرة وطلحة بن عبيد الله وعائشة رضى الله عنهم ، أخرج عنهم ذلك الطحاوى رحمه الله . وقول الشافعى رحمه الله حديث مالك وهو أنه أهدى له حمارا أثبت من حديث من قال إنه أهدى له من لحم حمار : يعنى فيكون ردّه امتناع تملك المحرم الصيد منع بأن الروايات كلها على ماذكرنا أوّل الحديث تدل على البعضية . ولا تعارض بين رجل حمار وعجزه وشقه على مالا يخفى ، إذ يندفع بإرادة رجل معها الفخذ وبعض جانب الذبيحة فوجب حمل رواية أهدى حمارا على أنه من إطلاق اسم الكل على البعض لما ذكرنا ولتعينه لامتناع عكسه ، إذ إطلاق الرجل على كل الحيوان غير معهود . لايطلق على زيد إصبع ونحوه ، لأنه غير جائز لما عرف من أن شرط إطلاق اسم البعض على الكل التلازم كالرقبة على الإنسان والرأس فإنه لا إنسان دونهما ، بخلاف نحو الرجل والظفر . وأما إطلاق العين على الربيئة فليس من حيث هو إنسان بل من حيث هو رقيب . وهو من هذه الحيثية لايتحقق بلا عين على ماعرف فى التحقيقات ، أو هو أحد معانى المشترك اللفظى كما عدّه لأكثر منها . ثم إن فى هذا الحمل ترجيحا للأكثر أو نحكم بغلط تلك الروايات بناء على أن الراوى رجع عنها تبينا لغلطه . قال الحميدى : كان سفيان يقول فى الحديث : أهديت لرسول الله صلى الله عليه وسلم لحم حمار وحش ، وربما قال : يقطر دما ، وربما لم يقل ذلك ، وكان فيما

الغاية وهى ضعيفة . وقوله (قالوا) أى المشايخ (فيه) أى فى شرط عدم الدلالة لإباحة الأكل (روايتان) فى رواية يحرم وهو اختيار الطحاوى ، وفى رواية لايحرم وهو اختيار أبي عبد الله الجرجانى . قال (وفى صيد الحرم إذا ذبحه الحلال) إذا قتل الحلال صيد الحرم وجب عليه (قيمته يتصدق بها على الفقراء) لما ذكر فى الكتاب

على ماهو قول البصريين نص عليه ابن هشام فى مغنى اللبيب ، لكن الخصم يقول ، هو عطف على المجزوم على المعنى .

خلا : قال حمار وحش ، ثم صار إلى لحم حتى مات . وهذا يدل على رجوعه وثباته على مارجع إليه . والظاهر أنه لتبينه غلطه أولا . قال الشافعي رحمه الله : وإن كان أهدى له لحما فقد يحتمل أن يكون علم أنه صيد له فرده عليه اه فإن قيل : إن التعليل ما وقع إلا بالإحرام . فلو كان كما ذكره الشافعي رحمه الله لقال بأنك صدته لأجلي . قلنا : كلام الشافعي رحمه الله يتضمن ذلك . يعني علم أنه قد صيد لأجله وهو محرم فرده عليه معللا بالإحرام بسبب أنه يمنع من أكل ماصيد للمحرم ، وبه يقع الجمع بين حديث الصعب وحديثي أبي قتادة وجابر السابق على رأى من يقول : يحرم على المحرم ما صيد لأجله . أما على رأينا وهو إباحته بغير هذا الشرط فلا يقع الجمع بينه وبين حديث أبي قتادة ، فإنا قلنا : إنه يفيد عدم اشتراط أن لا يصاد لأجله على ماذكرنا ، فإن حمل حديث الصعب على أنه علم أنه صيد لأجله تعارضا فإنما يصار إلى الترجيح فيترجح حديث أبي قتادة بعدم اضطرابه أصلا . بخلاف حديث الصعب فإنه قال في بعض رواياته : إنه عليه الصلاة والسلام أكل منه . رواه يحيى بن سعيد عن جعفر عن عمرو ابن أمية الضمري عن أبيه « أن الصعب بن جثامة أهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم عجز حمار وهو بالجحفة فأكل منه وأكل القوم » وما قيل هذه الرواية منكرة . فإن في جميع الروايات أنه لم يأكل منها إلا في هذه الرواية ، أحسن منه أن يجمع بعد ثبوت صحة هذه الرواية بأن الذي تعرضت له تلك الروايات ليس سوى أنه رده . وعلل بالإحرام ، ثم سكت الكل على هذا القدر . فمن الجائز أن يكون لما رده معللا بذلك بناء على ظن أنه صيد لأجله ذكر له أنه لم يصده لأجله فقبله بعد الرد وأكل منه . وهذا جمع على قول من يشترط عدم الاصطياد لأجله . وعلى قول لكل ما قال البيهقي بعد ماذكر الرواية التي ذكرناها قال : وهذا إسناد صحيح . فإن كان محفوظا فكأنه رد الحي وقبل اللحم اه . إلا أن هذا جمع بإنشاء إشكال آخر وهو ورود رواية أنه رد اللحم وهي بعد صحتها ثبت عليها الراوي ورجع عما سواها على ماقدمناه ، إلا أن يدعى أنه عبر بالبعض عن الكل في رواية رد اللحم وفيه ماقدمناه . وعلى كل حال ففي هذا الحديث اضطراب ليس مثله في حديث أبي قتادة فكان هو أولى . فإن قيل : إن حديث أبي قتادة كان سنة ست في عمرة الحديبية ، وحديث الصعب كان في حجة الوداع فيكون ناسخا لما قبله . قلنا أما أن حديث الصعب كان في حجة الوداع فلم يثبت عندنا ، وإنما ذكره الطبري وبعضهم ولم نعلم لهم فيه ثبتا صحيحا . وأما حديث أبي قتادة فإنه وقع في مسند عبد الرزاق عنه قال : « انطلقنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الحديبية فأحرم أصحابه ولم أحرم » فساق الحديث . ففي الصحيحين عنه خلاف ذلك ، وهو ماروى عنه « أن النبي عليه الصلاة والسلام خرج حاجا فخرجوا معه فصرف طائفة منهم أبو قتادة وقال لهم : خذوا ساحل البحر حتى نلتقي » الحديث ومعلوم أنه عليه الصلاة والسلام لم يحج بعد الهجرة إلا حجة الوداع فكان بالتقديم أولى . ومما يدل على ما ذهبنا إليه حديث البهزي : أخرج الطحاوي عن عمير بن سلمة الضرير قال : « بينما نحن نسير مع رسول الله صلى الله عليه

وهو واضح . فإن قيل : الصيد كما استحق الأمن بسبب الحرم فكذلك استحقه بسبب الإحرام ، فإذا قتل المحرم صيد الحرم ينبغي أن يجب عليه كفارتان وليس كذلك . قلت : وجوب الكفارتين وجه القياس ، صرح بذلك في الإيضاح . ووجه الاستحسان ما ذكر في شرح الطحاوي أن حرمة الإحرام أقوى لأن المحرم يحرم عليه الصيد في الحل والحرم جميعا فاستتبع الأقوى الأضعف .

(قوله قلت وجوب الكفارتين وجه القياس إلى آخر قوله فاستتبع الأقوى الأضعف) أقول : في قوله وجه القياس بحث ، والوجه جواب القياس .

قال صلى الله عليه وسلم فى حديث فيه طول « ولا ينفر صيدها » (ولا يجزيه الصوم) لأنها غرامة وليست بكفارة ، فأشبه ضمان الأموال ، وهذا لأنه يجب بتفويت وصف فى المحل وهو الأمن والواجب على المحرم بطريق الكفارة جزاء على فعله لأن الحرمة باعتبار معنى فيه وهو إحرامه ، والصوم يصلح جزاء الأفعال لا ضمان المحال . وقال زفر : يجزيه الصوم اعتبارا بما وجب

وسلم ببعض أفناء الروحاء وهو محرم إذا حمار معقور فيه سهم قد مات ، فقال عليه الصلاة والسلام : دعوه فيوشك صاحبه أن يأتيه ، فجاء رجل من بهز هو الذى عقر الحمار ، فقال : ارسول الله هو رميتى فشأنكم به ، فأمر النبى عليه الصلاة والسلام أبا بكر أن يقسمه بين الرفاق وهم محرمون » وجه الاستدلال أن ترك الاستفصال فى وقائع الأحوال ينزل منزلة العموم فى المقال (قوله قال صلى الله عليه وسلم) روى الستة عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : لما فتح الله على رسوله صلى الله عليه وسلم مكة قام النبى صلى الله عليه وسلم فيهم فحمد الله عز وجل وأثنى عليه ثم قال : فإن الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين ، وإنما أحلت لى ساعة من النهار ، ثم بقيت حرمتها إلى يوم القيامة . لايعضد شجرها ولا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا تحل ساقطتها ، فقال العباس : إلا الإذخر فإنه لقبورنا وبيوتنا . فقال عليه الصلاة والسلام إلا الإذخر » والخلى بالمعجمة مقصورا الحشيش إذا كان رطبا واختلاؤه قطعه (قوله والواجب على المحرم الخ) حاصل ماهنا أن حرمة القتل ثابتة فى الصورتين ، غير أن سببها فى الإحرام وجوب الجرى على موجبه . فإنه عبارة عن الدخول فى حرمة عبادة الحج أو العمرة بالتزام مايمنع منه حال التلبس بها كالدخول فى حرمة الصلاة ، ومنه عدم التعرض للصيد فكان حكمة منعه ، والله سبحانه أعلم كونه يهيج النفس إلى حالة تنافى حالة الإحرام التى هى التصور بصورة الموت والفاقة فإن فيه ضراوة ، وحالة الإحرام ضراعة قد ظهر أثرها أكثر من ظهوره فى سائر العبادات ؛ ألا ترى إلى كشف الرأس والتلفف بثياب الموت فإذا قتله فقد جنى على العبادة حيث لم يجر على موجبها وجبر العبادة المحضة بعبادة محضة فدخله الصوم . وأما فى الحرم فسببها إبقاء أمنه الحاصل له شرعا بسبب الإيواء إلى حمى الله تعالى ، فإذا فوته وجب الجزاء لتفويت ذلك الوصف الكائن فى المحل لا لجناية على عبادة تلبس بها والتزمها بعقد خاص بارتكاب محظورها فلا يدخل الصوم فيه كتفويت أمن كائن لمملوك رجل فى ماله لاستهلاكه لايكون بصوم ونحوه بل جبر الأمن الفائت بإثبات أمن للفقير عن بعض الحاجات أنسب لأنه من جنس المجبور ، وعلى وفق هذا وقع فى الشرع ، إلا أن مستحق هذا

وقوله (ولا يجزيه الصوم) فرق بين قتل المحرم الصيد وقتل الحلال صيد الحرم ، فى جواز الصوم فى الأول دون الثانى بما حاصله أن الواجب على المحرم جزاء فعله ، ولهذا تعدد إذا قتل المحرمان الصيد واحدا ، وعلى الحلال بدل ما فات عن المحل من وصف الأمن ، والصوم يجوز أن يقع جزاء الفعل لابدل المحل . فإن قلت : هذا يناقض ما ذكرت آنفا أنه يؤدى فى ضمن أداء جزاء الإحرام إذا قتل المحرم صيد الحرم لأن بدل المحل لايؤدى فى ضمن أداء جزاء الإحرام كما إذا قتل صيدا مملوكا . فالجواب أن ماقلنا من الاستتباع إنما كان فيما تكون الحرمتان لواحد وهو الله تعالى ، وما ذكرتم ليس كذلك لأن ماوجب فيه بإزاء الفعل لله تعالى وما وجب بإزاء المحل وجب للعبد ، ولا يمكن أن يقضى بما لله ما للعبد لأن افتقار العبد مانع بخلاف الأول . وعورض بأنه لو كان بدل المحل لوجب على الصبى والمجنون والكافر إذا استهلكوا صيد الحرم وليس كذلك . وأجيب بأنه وإن كان ضمان المحل لكن فيه معنى الجزاء حتى إن حلالا إن أصاب صيد الحرم فقتله فى يده حلال آخر فعلى كل واحد منهما جزاء كامل لما أن

على المحرم ، والفرق قد ذكرناه ، وهل يجزيه الهدى ؟ ففيه روايتان

الضمان هو الله سبحانه ، فتجاذبه أصلان : شبه الغرامات اللازمة لتفويت المحال ، وكونه حقا من حقوق الله تعالى فرتبنا على كل وجه مقتضاه محتاطين فى الترتيب المذكور فقلنا : لايدخله الصوم نظرا إلى أنه ضمان محل . ولا ضمان على الصبى لو قتل صيد الحرم . ولو قتل الصيد حلال فى يد حلال صاده من الحرم وجب على كل واحد منهما ضمان كامل لتفويت كل الأمن الواحد الثابت للصيد ، أحدهما بالأخذ ، والثانى بالقتل بعد ما كان بعرضية أن يطلقه ، وفى مثليهما من ضمان المتلفات قيمة واحدة على الآخذ . واتفقوا هنا على رجوع الآخذ على القاتل . أما على قول أبى حنيفة فظاهر لأنه فى الإحرام يقول يرجع الآخذ على القاتل مع جناية ليس ضمان محل فهنا أولى . وهما منعا الرجوع هناك وأثبتاه هنا لأنه ضمان محل من وجه ، وفى ضمان المحل يرجع على من يقرر الضمان . وإذا تأملت رأيت خصوص الاعتبار فى كل مسئلة من هذه بجهة دون الجهة الأخرى لأنه اللائق فيها فتأمل مستعينا بالله تعالى ترشد إن شاء الله تعالى . ثم يدخل جزاء صيد الحرم فى جزاء صيد الإحرام : فلو قتل محرم صيد الحرم وجب عليه جزاء واحد على وفق جزائه للإحرام خاصة . وتحقيق هذا المقام أن الثابت هنا حق واحد لله تعالى بسبب ارتكابه حرمة واحدة ، وذلك لأن المتحقق أن الله تعالى حرم قتله ووضع لهذه الحرمة سببين : حلوله فى الحرم . ووجود الإحرام ، فأيهما وجد استقل بإثارة الحرمة ، فإذا وجدا معا وهو الإحرام فى الحرم لم يتحقق سوى تلك الحرمة ، وثبوت الأمن إنما هو عن هذه الحرمة وعلمت أنها حرمة واحدة فههنا أمر واحد عن حرمة واحدة فوّتت ، غير أن الله تعالى رتب على انتهاك الحرمة الكائن بالقتل حال كونها عن سبب الإحرام جزاء يدخله الصوم ودل النظر السابق حال كونها عن حلول الصيد فى الحرم على وجوب جزاء لايدخله ، فإذا ثبتت الحرمة عن السببين جميعا بأن كان محرما فى الحرم ثم انتهكت بالقتل فيه تعذر فى الجزاء اللازم اعتباره فى الوجهين جميعا فلزم اعتباره على أحدهما فرأينا اعتباره على الوجه الذى اعتبره صاحب الشرع وهو ما إذا كان القتل مع الإحرام هو الوجه لأنه أقوى السببين فقلنا بذلك . وإنما كان أقوى لأن كونه سببا للضمان منصوص عليه بالنص القطعى ، قال تعالى - فجزاء مثل ماقتل من النعم - بخلاف الكون فى الحرم فإن النصوص إنما أفادت سببيته لحرمة التعرض ، ولم يصرح بلزوم الجزاء ذاك التصريح فظهر العلماء على أنه تفويت أمن مستحق كالقتل فى الإحرام فوجب الضمان على ذلك الوجه : أعنى على وجه لا يدخل فيه الصوم وعليه ترديد نورده فى جناية القارن ، والله سبحانه أعلم (قوله وهل يجزيه الهدى ؟ فيه روايتان) فى رواية لا فلا يتأدى بالإراقة بل لابد من التصدق بلحمه بعد أن تكون قيمة اللحم بعد الذبح مثل قيمة الصيد لا إذا كان دونه ، ولذا لو سرق المذبوح وجب أن يقيم غيره مقامه لأنه لامدخل للإراقة فى غرامات الأموال . وفى أخرى يتأدى فتكون الأحكام المذكورة على عكسها ، وإنما يشترط كون قيمة الهدى قبل الذبح قيمة المقتول لأن الحق لله تعالى والهدى مال يجعل لله تعالى ، وإراقة الدم طريق صالح شرعا لجعل المال

كل واحد منهما متلف من جهة أحدهما بالأخذ المفوّت للأمن والثانى بالإتلاف حقيقة ، فلم يلزم على من ذكرتم نظرا إلى الجزاء (وهل يجزئه الهدى ؟ فيه روايتان) إحداهما أن الواجب لايتأدى بإراقة الدم بل بالتصدق باللحم فيشترط أن تكون قيمة اللحم مثل قيمة الصيد ؛ وإن سرق المذبوح عاد الواجب كما كان ، والأخرى أنه يتأدى بها إذا كانت قيمته قبل الذبح مثل قيمة الصيد ، فإن سرق المذبوح لم يبق عليه شىء لأن الهدى مال يجعل لله تعالى ، وإراقة الدم طريق صالح لذلك شرعا كالتصدق ؛ ألا ترى أن المضحى يجعل الأضحية لله خالصة بإراقة

(ومن دخل الحرم بصيد فعليه أن يرسله فيه إذا كان فى يده) خلافا للشافعى رحمه الله ، فإنه يقول : حق الشرع لايظهر فى مملوك العبد لحاجة العبد . و لنا أنه لما حصل فى الحرم وجب ترك التعرّض لحرمة الحرم إذ صار هو من صيد الحرم فاستحق الأمن لما روينا (فإن باعه ردّ البيع فيه إن كان قائما) لأن البيع لم يجز لما فيه من التعرّض للصيد وذلك حرام (وإن كان فائتا فعليه الجزاء) لأنه تعرض للصيد بتفويت الأمن الذى استحقه (وكذلك بيع الحرم الصيد من محرم أو حلال) لما قلنا

له خالصا كالتصدق ؛ ألا ترى أن المضحى يجعل الأضحية خالصة له سبحانه بإراقة دمها (قوله ومن دخل الحرم بصيد) أى وهو حلال حتى يظهر خلاف الشافعى رحمه الله ، فإنه لو كان محرما وجب إرساله بمجرد الإحرام اتفاقا (قوله خلافا للشافعى) قاسه على الاسترقاق فإن الإسلام يمنعه حقا لله تعالى ولا يرفعه ، حتى إذا ثبت حال الكفر ثم طرأ الإسلام لا يرتفع ، علم من هذا أن حق الشرع لايظهر فى محلول العبد بعد تقرر ملكه بطريقه تفضلا من تعالى لحاجة العبد وغناه : وهذا كذلك ، وهذا ما ذكره المصنف. وحاصله تقرير الجامع وترك المقيس عليه ، وتلخيصه مملوك للعبد بطريق صحيح فلا يظهر فيه حق الشرع وإن كان يمنعه فى هذه الحالة إذا لم يكن تحقق كالاسترقاق ، ولك فى اعتبار القياس أن تجعله ملك الصيد على الاسترقاق أو الصيد المملوك على المرقوق (قوله ولنا الخ) حقيقته أنه استدلال بالنص فيقدم على القياس. تقريره : هذا صيد الحرم وما كان كذلك لايحل التعرّض له بالنص فهذا لايحل التعرض له بالنص . أما الأولى فلأنه ليس يراد بصيد الحرم إلا ما كان حالا فيه . وأما الثانية فلإطلاق النص المذكور من السنة ولم يوجد مثله فى الرق بل ثبت شرعا بقاؤه بعد الإسلام بل عدّاه إلى أولاد الإماء من أزواجهن وإن لم يتصف الزوج بالكفر قط ، ويمكن كون سرّ هذا الفرق التغليظ على من أمر فخالف لأن الرق حكم هذه المخالفة ، بخلاف من لم يخالف وهو الصيد (قوله فإن باعه) يعنى بعد ما أدخله الحرم (رد البيع فيه إن كان قائما) ووجبت قيمته إن كان هالكا سواء باعه فى الحرم أو بعد ما أخرجه إلى الحل لأنه صار بالإدخال من صيد الحرم فلا يحل إخراجه بعد ذلك ، ولو تبايع الحلالان وهما فى الحرم الصيد وهو فى الحل جاز عند أبى حنيفة خلافا لمحمد لأنه ليس بتعرض يتصل به بساحل حكما ، وليس هو بأبلغ من أمره بذبح هذا الصيد ،

دمها فكذلك بالهدى . وقوله (ومن دخل الحرم بصيد) قال فى النهاية : وهو حلال حتى يظهر خلاف الشافعى رحمه الله ، فإن فى المحرم لايتوقف وجوب الإرسال على دخول الحرم فإنه يجب عليه الإرسال بمجرد الإحرام بالاتفاق . قال الشافعى رحمه الله الصيد الذى فى يده مملوكه ، وحق الشرع لايظهر فى مملوك العبد لحاجته (ولنا أنه لما حصل فى الحرم وجب ترك التعرّض لحرمة الحرم) وبين الملازمة بقوله (إذ صار) يعنى الصيد (من صيد الحرم) بالدخول فيه وصيد الحرم مستحق الأمن (لما روينا) من قوله عليه الصلاة والسلام فى حديث طويل « ولا ينفر صيدها » وقوله (فإن باعه) ظاهر . وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لأن البيع لم يجز لما فيه من التعرّض للصيد .

(قال المصنف : خلافا للشافعى فإنه يقول حق الشرع الخ) اقول : ولاينتقض ماذكره الشافعى بالمحرم ، فإن عليه أن يرسل الصيد عنده كما يجىء بعد سطرين ، لأن ذلك لالتزامه بإحرامه أن لايتعرض للصيد لالحق الشرع بمجرده فتأمل (قال المصنف : إذ صار هو من صيد الحرم فاستحق الأمن) أقول : إذ لدوام الأمور المستمرة حكم الابتداء ، كذا قيل وفيه بحث (قوله وقوله لما قلنا إشارة إلى قوله لأن البيع لم يجز الخ) أقول : وهو أيضا إشارة إلى قوله لأنه تعرض للصيد بتفويت الأمن ، فإن قوله وكذلك إشارة إلى رد البيع حال قيامه ووجوب الجزاء حال هلاكه .

(ومن أحرم وفى بيته أو فى قفص معه صيد فليس عليه أن يرسله) وقال الشافعى رحمه الله : يجب عليه أن يرسله لأنه متعرّض للصيد بإمساكه فى ملكه فصار كما إذا كان فى يده . ولنا أن الصحابة رضى الله عنهم كانوا يحرمون وفى بيوتهم صيود ودواجن . ولم ينقل عنهم إرسالها وبذلك جرت العادة الفاشية وهى من إحدى الحجج . ولأن الواجب ترك التعرّض وهو ليس بمتعرّض من جهته لأنه محفوظ بالبيت والقفص لا به غير أنه فى ملكه . ولو أرسله فى مفازة فهو على ملكه فلا معتبر ببقاء الملك . وقيل : إذا كان القفص فى يده لزمه إرساله لكن على وجه لايضيع . قال (فإن أصاب حلال صيدا ثم أحرم فأرسله من يده غيره يضمن عند أبى حنيفة) رحمه الله (وقالا لايضمن) لأن المرسل آمر بالمعروف ناه عن المنكر وما على المحسنين من سبيل . وله أنه ملك الصيد بالأخذ ملكا محترما فلا يبطل احترامه بإحرامه وقد أتلفه المرسل فيضمنه . بخلاف ما إذا أخذه فى حالة الإحرام لأنه لم يملكه .

بخلاف ما لو رماه من الحرم للاتصال الحسى (قوله ومن أحرم وفى بيته أو فى قفص معه) قيد المسئلة به . لأنه لو كان فى يده حقيقة وجب الإرسال اتفاقا . ولو هلك وهو فى يده وجب الجزاء وإن كان مالكا له للجناية على الإحرام بعدم تركه . فلذا اختلفوا فيما إذا كان القفص فى يده هل يجب عليه تركه وإن كان على وجه لايضيع أولا بناء على كون الصيد فى يده بكون القفص فيها ولهذا يصير غاصبا له بغصب القفص أو ليس فيها بل يكون القفص فيها . ولذا جاز للمحدث أخذ المصحف بغلافه (قوله وبذلك جرت العادة الفاشية) من لدن الصحابة إلى الآن . وهم والتابعون ومن بعدهم يحرمون وفى بيوتهم حمام فى أبراج وعندهم دواجن والطيور لايطلقونها (وهى إحدى الحجج) فدلت على أن استبقاءها فى الملك محفوظة بغير اليد ليس هو التعرض الممتنع (قوله ولا معتبر ببقاء الملك) أى لايعتبر بقاء الملك جناية على الصيد وإلا لم يكن الواجب عليه الإرسال لأنه لايفيد إخراجه عن ملكه بل كان الواجب عليه تمليكه والعادة الفاشية تنفيه (قوله وله أنه ملك الصيد بالأخذ حلالا ملكا محترما) حتى لو أخذه وهو حلال ثم أحرم فأرسله ثم وجده بعد الإحلال فى يد شخص كان له أن يأخذه منه لأنه ما أرسله عن اختيار . كذا علل التمرتاشى . فهذا يدل على أنه لو أرسله من غير إحرام يكون إباحة . أما لو كان صاده فى إحرامه ثم أرسله ثم حل فوجده فى يد رجل فليس له أن يأخذه منه لأنه ماملكه بالأخذ فى الإحرام ، والله أعلم

وقوله (ومن أحرم وفى بيته أو فى قفص معه صيد فليس عليه أن يرسله) يشير إلى أنه لو كان فى يده فعليه أن يرسله بالاتفاق ولهذا قاس الشافعى صورة النزاع عليه بقوله (كما إذا كان فى يده) وقوله (ولنا أن الصحابة) ظاهر . وقوله (وبذلك جرت العادة الفاشية) فإن الناس يحرمون ولهم بيوت الحمام ولايجب عليهم إرسالها . وقوله (ولأن الواجب ترك التعرّض) دليل آخر يتضمن الجواب عن دليل الشافعى . ووجهه أن الواجب ترك التعرض وهو حاصل إذا لم يكن بيده (لأنه محفوظ بالبيت والقفص لا به) والتعرض بالإمساك فى الملك ليس بمناف ، لأنه لو أرسله فى المفازة فهو على ملكه ، فدل على أنه لامعتبر ببقاء الملك وإلا لزم الجزاء أرسل أو لم يرسل (وقيل إذا كان القفص فى يده وجب عليه إرساله) لأنه متعرض له بمسكه (لكن على وجه لايضيع) بأن يخليه فى بيته لأن إضاعة المال منهى عنها . وقوله (فإن أصاب حلال صيدا) ظاهر . وقوله (ملك الصيد بالأخذ ملكا محترما) احتراز عما أخذه المحرم فإنه لايملك الصيد ، والملك المحترم لايبطل بالإحرام ، وإنما قلنا إنه ملكه ملكا محترما بدليل أن الحلال إذا أخذ الصيد ثم أحرم فأرسله ثم حل فوجده فى يد غيره كان له الأخذ منه . بخلاف ما إذا أخذ الصيد وهو محرم ثم أرسله ثم حل من إحرامه فوجده فى يد غيره لاسبيل له عليه ، وإذا كان ملكا محترما وقد أتلفه المرسل وجب عليه ضمانه . فإن قيل : سلمنا أنه ملكه ملكا محترما

(قال المصنف : وقيل إذا كان القفص فى يده لزمه إرساله لكن على وجه لايضيع) أقول : ومنه يعلم أن مايفعله الناس من اشتراء الطيور من الصيادين ثم إطلاقها منهى عنه لأنها ملكه ، وتضييع الملك منهى .

والواجب عليه ترك التعرّض ويمكنه ذلك بأن يخليه فى بيته ، فإذا قطع يده عنه كان متعديا . ونظيره الاختلاف فى كسر المعازف (وإن أصاب محرم صيدا فأرسله من يده غيره لاضمان عليه بالاتفاق) لأنه لم يملكه بالأخذ ، فإن الصيد لم يبق محلا للتملك فى حق المحرم لقوله تعالى ـ وحرّم عليكم صيد البرّ مادمتم حرما ـ فصار كما إذا اشترى الخمر (فإن قتله محرم آخر فى يده فعلى كل واحد منهما جزاؤه) لأن الآخذ متعرّض للصيد الآمن ، والقاتل مقرر لذلك ، والتقرير كالابتداء فى حق التضمين كشهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا (ويرجع الآخذ على القاتل) وقال زفر : لايرجع لأن الآخذ مؤاخذ بصنعه فلا يرجع على غيره . ولنا أن الأخذ إنما يصير سببا للضمان عند اتصال الهلاك به ، فهو بالقتل جعل فعل الآخذ علة فيكون فى معنى مباشرة علة العلة فيحال بالضمان عليه

(قوله والواجب عليه ترك التعرض) جواب عن قولهما المرسل آمر بمعروف . فأجاب بأن الواجب الذى يجب الأمر به ترك التعرض وذلك يحصل بتفويت يده الحقيقية لا مطلق يده ، فإن ادعيا الثانى منعناه ، أو الأول سلمناه ، وذلك يحصل بإرساله ولو فى قفص (قوله ولنا أنّ الأخذ إنما يصير سببا للضمان إذا اتصل به القتل) والمتوجه قبل قتله خطاب إرساله وتخليته (فهو بالقتل جعل فعل الآخذ علة فيكون فى معنى مباشرة علة العلة فيحال بالضمان عليه) وإن لم يفوّت بهذا القتل يدا محترمة ولا ملكا فإن المتعلق بهما ضمان يجب لذى اليد والملك ابتداء بدل ملكه ويده . وهنا الواجب عليه ليس إلا الرجوع بما غرمه لكونه السبب فيه فإنه منوط بتفويته يدا معتبرة . كما فى غصب المدبر . إذا قتله إنسان فى يد غاصبه فأدى الغاصب قيمته ، وهنا قد تحقق ذلك فإنه فوّت يدا معتبرة فى حق التمكين بها من إسقاط ما عليه من الإرسال ودفع وجوب الجزاء فهو مورّطه فى ذلك . وإذا وجب الرجوع بنصف المهر على شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا فالرجوع هنا أولى لأن الشهود قرروا ما كان متوهم السقوط بعد تحقق الوجوب بسبب مباشرة الزوج باختياره . والقاتل هنا هو الذى حقق سبب الوجوب على وجه لايتوهم سقوط الواجب به لما عرف من أن مجرد الأخذ سبب لوجوب الإرسال . وإنما يكون سببا للجزاء إذا اتصل به القتل ، وإنما قال : فيكون فى معنى مباشرة علة العلة لأن الأخذ ليس علة العلة ، فإن العلة القتل والأخذ ليس علة للقتل ولا جزء علة ولا سببا ، بل القتل

ولكن وجب إخراجه من الملك تركا للتعرض الواجب الترك . أجاب بقوله (والواجب عليه ترك التعرض) لا الإخراج عن ملكه (ويمكنه ذلك بأن يخليه فى بيته فإذا قطع عنه يده) بالإرسال (كان متعديا) فيضمن (ونظير هذا الاختلاف الاختلاف فى كسر المعازف) فإنه لاضمان فيه عندهما لأنه آمر بالمعروف ناه عن المنكر . وعند أبى حنيفة يجب الضمان لغير لهو . وقوله (وإن أصاب محرم صيدا) ظاهر . وقوله (فإن قتله محرم آخر فى يده فعلى كل واحد منهما جزاؤه لأن الآخذ متعرض للصيد الآمن) والتعرض له من محظورات الإحرام الموجبة للجزاء (والقاتل مقرّر لذلك) لأنه كان بعد الأخذ متمكنا من الإرسال وقد فات ذلك به وتقرر التعرض (والتقرير كالابتداء فى حق التضمين كشهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا) فإنهم يضمنون بما قرروا بشهادتهم ما كان على شرف السقوط بتمكين ابن الزوج على ما عرف (ثم يرجع الآخذ على القاتل) بما ضمن من الجزاء (وقال زفر : لايرجع) لأن الآخذ إنما أخذ بصنعه ، ومن أخذ بصنعه لايرجع على غيره فيما لايقبل الملك لئلا يستلزم تنزيل الراجع منزلة المالك بواسطة الضمان فيما هو غير قابل للملك فى حق المحرم ، كمسلم غصب خنزير ذمى فأتلفه فى يده آخر فضمن الذمى الغاصب لم يرجع على المتلف بشىء (ولنا أن الأخذ إنما يصير سببا للضمان عند اتصال الهلاك به فهو) أى القاتل (بالقتل جعل فعل الآخذ علة فيكون) قتله (فى معنى مباشرة علة العلة فيضاف الضمان إليه) كغاصب الغاصب

(فإن قطع حشيش الحرم أو شجرة ليست بمملوكة وهو مما لاينبته الناس فعليه قيمته إلا فيما جفّ منه) لأن حرمتهما ثبتت بسبب الحرم ، قال عليه الصلاة والسلام

مستقل بسببية إيجاب الجزاء ، ألا ترى أنه يجب عليه الجزاء لو رماه من بعيد قبل أن يأخذه فالأخذ قد يكون شرطا حسيا للقتل وقد لايكون ، إلا أن مباشرة الشرط فى الإتلاف سبب للضمان ، كحفر البئر فإنه شرط للوقوع والعلة ثقل الواقع ، وبهذا التقرير يسقط سؤالان : كيف يرجع ولم يفوّت يدا محترمة ولا ملكا . وأيضا أنّ الشيء إذا خرج عن محلية الملك لايضمن مستهلكه وإن جنى من كان فى يده . فإن قيل : ما الفرق بين هذا وبين المسلم إذا غصب خمر الذمى فاستهلكه مسلم آخر فى يده يضمن الآخذ للذمى ولا يرجع على المستهلك . فالجواب أن اتحاد اعتقاد سقوط تقوّمها منع من رجوع المسلم على ذلك المسلم المستهلك . هذا وقد أورد فى النهاية كيف يرجع وهو قد لزمته كفارة تخرج بالصوم وهو إنما يرجع بضمان يحبسه به فلا يجوز أن يرجع عليه بأكثر مما لزمه . وأجاب بأن مثل هذا التفاوت لا يمنع كالأب إذا غصب مدبر ابنه فغصبه منه آخر فضمن الابن أباه فإنه لايحبسه . وللأب أن يحبس من قتله فى يده . ولا فرق بين ضمان يفتى به وضمان يقضى به . فإن زكاة السائمة تدخل تحت القضاء . بخلاف زكاة سائر الأموال فحق الله تعالى إذا كان له طالب معين يكون له المطالبة . وإذا لم يكن لاتتعين المطالبة . وهذا قد يوهم أن له الرجوع وإن كفر بغير المال ، وقد صرح فى المنتقى بأنه إنما يرجع إذا كفر بالمال . ونقل عن أبى عبد الله الجرجانى أنه قال : ولا فرق بين كون القاتل صبيا أو نصرانيا أو مجوسيا فى ثبوت الرجوع عليه . وأصل المسائل كلها أن تفويت الأمن على الصيد يوجب الجزاء . والأمن يكون بثلاثة أشياء : بإحرام الصائد أو دخوله فى أرض الحرم ، أو دخول الصيد فيه . وأنه إذا تحقق التفويت لايبرأ بالشك فلذا قلنا : يجب الجزاء فى إرسال الحلال الصيد فى أرض الحل بعد ما أخرجه من أرض الحرم ، وبإرسال المحرم إياه فى جوف البلد ، لأنه لم يصر بهذا الإرسال ممتنعا ظاهرا ، ولذا لو أخذه إنسان حلال كره أكله اهـ (قوله فعليه قيمته) جعله

إذا أتلف المغصوب وضمنه الغاصب ، فإن حاصل الضمان يستقر عليه . واعترض بأن الرجوع يستلزم تضمين ماليس بمملوك وما ليس بمملوك ليس بمضمون وإلزام أكثر مما لزمه . فإن مالزمه كفارة يفتى بها ويجزئه الصوم فيه . وبالرجوع يطالبه بضمان محكوم به ويحبس عليه وذلك أكثر مما لزمه فلا يجوز . وأجيب عن الأول بأن الضمان لم يستلزم الملك بل يجوز أن يكون فى مقابلة إزالة يد محترمة وهى موجودة فيما نحن فيه لأن الآخذ كان متمكنا بيده من الإرسال وإسقاط الجزاء به عن نفسه وقد فوّتها القاتل عليه فيضمنه كغاصب المدبر إذا أتلفه إنسان فى يده فأدى الغاصب قيمته فإنه يرجع على القاتل بقيمته كما لو ملكه وإن كان المدبر لايقبل الانتقال من ملك إلى ملك . وعن الثانى بأن مثل هذا التفاوت لايمنع الرجوع . كالأب إذا غصب مدبر ابنه فغصبه منه آخر ، ثم الابن ضمن الأب رجع الأب على الغاصب ويحبسه وإن كان هو لايحبس فيما لزمه لابنه . والجواب عما استشهد به زفر أن غاصب الخنزير لم تثبت له يد محترمة لأن خروجه عن محلية التملك لإهانته ، بخلاف الصيد لأن ذلك فيه لزيادة احترام فى حق المحرم بإحرامه كحرمة الآدمى فتثبت له يد محترمة فيه وإن لم يثبت له ملك . قال (فإن قطع حشيش الحرم)

(قال المصنف : فإن قطع حشيش الحرم أو شجره وليس بمملوك ولا هو مما ينبته الناس فعليه قيمته ، إلا فيما جف منه لأن حرمتهما ثبتت بسبب الحرم ، قال عليه الصلاة والسلام « لايختلى خلاها ولا يعضد شوكها ») أقول : قوله صلى الله عليه وسلم « لايختلى » أى لايقتطع ، يقال خلاه واختلاه قطعه ، ثم بقى ههنا بحث لأن الخلى اسم النبات الرطب والحشيش اسمه إذا يبس . فى الصحاح : ولا يقال له رطبا حشيش ، وجوابه أنه مجاز على طريقة ـ أعصر خمرا ـ بقرينة وما جف من شجر الحرم لاضمان فيه .

«لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها» ولا يكون للصوم فى هذه القيمة مدخل لأن حرمة تناولها بسبب الحرم لا بسبب الإحرام فكان من ضمان المحال على ما بينا ويتصدق بقيمته على الفقراء ، وإذا أداها ملكه كما فى حقوق العباد . ويكره بيعه بعد القطع لأنه ملكه بسبب محظور شرعا ، فلو أطلق له فى بيعه لتطرق الناس إلى مثله ، إلا أنه يجوز البيع مع الكراهة ، بخلاف الصيد ، والفرق مانذكره . والذى ينبته الناس عادة عرفناه غير مستحق للأمن بالإجماع ، ولأن المحرّم المنسوب إلى الحرم والنسبة إليه على الكمال عند عدم النسبة إلى غيره بالإنبات .

جواب المسئلة ليفيد أنه لايدخله الصوم . وحاصل وجوه المسئلة أن النابت فى الحرم إما إذخر اوغيره وقد جف أو انكسر أو ليس واحدا منها فلا شىء فى الأول . وأما الثانى وهو ماليس واحدا منها إما أن يكون أنبته الناس أولا ، فالأول لاشىء فيه أيضا سواء كان من جنس مايستنبت عادة أولا ، والثانى وهو مالا ينبته الناس بل نبت بنفسه ، إما أن يكون من جنس ما ينبتونه أولا . فلا شىء فى الأول ، والثانى هو الذى فيه الجزاء ، فما فيه الجزاء هو مانبت بنفسه وليس من جنس ماينبته الناس ولا منكسرا ولا جافا ولا إذخرا . ولابد فى إخراج ما خرج عن حكم الجزاء من دليل ، فأشار المصنف إلى أن الإذخر خرج بالنص وما أنبتوه بقسميه بالإجماع . وأما الجاف والمنكسر ففى معناه . فاعلم أن الألفاظ التى وردت فى هذا الباب الشجر والشوك والخلى . فالخلى والشجر قدمناهما فى حديث أبى هريرة . والشوك فى الصحيحين أيضا أنه عليه الصلاة والسلام قال يوم الفتح «إن هذا البلد حرّمه الله . إلى أن قال : لايعضد شوكه ولا ينفر صيده ولا يلتقط لقطته إلا من عرّفها ولا يختلى خلاها» الحديث . فالخلى هو الرطب من الكلإ ، وكذا الشجر اسم للقائم الذى بحيث ينمو فإذا جف فهو حطب ، والشوك لايعارضه لأنه أعم يقال على الرطب والجاف فليحمل على أحد نوعيه دفعا للمعارضة . وأما الذى نبت من غير أن ينبته الناس وهو من جنس ما ينبتونه فلا أدرى ما المخرج له ، غير أن المصنف علل إخراج أهل الإجماع ماينبته الناس بأن إنباتهم يقطع كمال النسبة إلى الحرم . فإن صح أن يقال : إن كونه من جنس ماينبتونه يمنع كمال النسبة إليه ألحق بما ينبتونه ، وإلا فيحتاج إلى وجه آخر والله أعلم . هذا وكل ما جاز الانتفاع به فى الحرم جاز إخراجه ، ومن ذلك أحجار أرض الحرم وحصاها إلا أن يبالغ فى ذلك فيحفر كثيرا يضر بالأرض أو الدور فيمنع (قوله والفرق مانذكره) أى الفرق بين نبات الحرم إذا أدى قيمته حيث يصح بيعه ، ويكره لأنه ملكه بسبب محظور وبين الصيد

اعلم أن حشيش الحرم وشجره على نوعين : شجر أنبته الإنسان ، وشجر ينبت بنفسه ، وكل واحد منهما على نوعين لأنه إما أن يكون من جنس ما ينبته الناس أو لايكون . والأول بنوعيه لايوجب الجزاء ، والأول من الثانى كذلك ، وإنما يجب الجزاء فى الثانى منه وهو مانبت بنفسه وليس من جنس ماينبته الناس ، ويستوى فيه أن يكون مملوكا لإنسان بأن ينبت فى ملكه أو لم يكن ، حتى قالوا فى رجل نبتت فى ملكه أم غيلان فقطعها إنسان فعليه قيمتها لمالكها وعليه قيمة أخرى لحق الشرع ، فقوله فإن قطع حشيش الحرم إلى أن قال فعليه قيمته إشارة إلى هذا النوع الأخير لأنه أضافه إلى الحرم وقال وهو مما لاينبته الناس . وقوله (لايختلى خلاها) أى لايحصد رطب مرعاها ولا يقطع شوكها . وقوله (لأن حرمة تناولها بسبب الحرم لا بسبب الإحرام) لأن المحرم ليس بممنوع من الاحتشاش والاحتطاب خارج الحرم . وقوله (على ما بينا) إشارة إلى قوله لأنها غرامة وليست بكفارة . وقوله (بخلاف الصيد) يعنى أنه لايجوز بيع صيد اصطاده محرم أو بيع صيد الحرم أصلا (والفرق مانذكره) يريد قوله لأن بيعه حيا تعرّض للصيد الآمن . وقوله (والذى ينبته الناس عادة) متصل بقوله وهو مما لاينبته

وما لاينبت عادة إذا أنبته إنسان التحق بما ينبت عادة . ولو نبت بنفسه فى ملك رجل فعلى قاطعه قيمتان : قيمة لحرمة الحرم حقا للشرع . وقيمة أخرى ضمانا لمالكه كالصيد المملوك فى الحرم . وما جفّ من شجر الحرم لاضمان فيه لأنه ليس بنام (ولا يرعى حشيش الحرم ولا يقطع إلا الإذخر) وقال أبو يوسف رحمه الله : لا بأس بالرعى لأن فيه ضرورة . فإن منع الدواب عنه متعذر . ولنا ما روينا . والقطع بالمشافر كالقطع بالمناجل وحمل الحشيش من الحل ممكن فلا ضرورة . بخلاف الإذخر لأنه استثناه رسول الله صلى الله عليه وسلم فيجوز

حيث لايصح بيعه وإن أدى ضمانه ما سيذكره من قوله لأن بيعه حيا تعرّض للصيد إلى آخر مايجىء (قوله فعلى قاطعه قيمتان) هذا على قولهما . أما على قول أبى حنيفة فلا يتصور لأنه لايتحقق عنده تملك أرض الحرم بل هى سوائب عنده على ما سيأتى إن شاء الله تعالى (قوله ولنا ما روينا) يعنى قوله عليه الصلاة والسلام « لايختلى خلاها » أى لايقطع . خلاه واختلاه قطعه ولا يعضد شوكها والعضد : قطع الشجر من حد ضرب فقد منع القطع مطلقا أعم من كونه بالمناجل أو المشافر فلا يحل الرعى والضرورة تندفع بحمل الحشيش من الحل . ومشفر كل شىء

الناس . وقوله (وما لاينبت عادة إذا أنبته إنسان) معطوف على قوله والذى ينبته الناس عادة : يعنى مالا ينبته الناس عادة إذا أنبته إنسان التحق بماينبته الناس فكان غير مستحق الأمن إلحاقا بمحل الإجماع بجامع انقطاع كمال النسبة إلى الحرم عند النسبة إلى غيره بالإنبات . وقوله (ولو نبت بنفسه) يعنى الذى لاينبت عادة لو نبت بنفسه (فى ملك رجل) قد ظهر مما ذكرناه آنفا . واعترض عليه بوجهين : أحدهما أن النبات يملك بالأخذ فكيف تجب القيمة بعد ذلك . والثانى أن الحرم غير مملوك لأحد فكيف يتصوّر قوله وقيمة أخرى ضمانا لمالكه . وأجيب عن الأول بأن قوله صلى الله عليه وسلم « الناس شركاء فى ثلاث : الماء والكلإ . والنار » محمول على خارج الحرم ، وأما حكم الحرم فبخلافه لأنه حرام التعرض بالنص كصيده . وعن الثانى بأنه على قول من يرى تملك أرض الحرم وهو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله . وقوله (وما جفّ من شجر الحرم) بيان الاستثناء فى مطلع هذه المسئلة وهو ظاهر . وقوله (لابأس بالرعى لأن فيه ضرورة) يعنى أن الذين يدخلون الحرم للحج أو العمرة يكونون على الدواب ومنعها عنه متعذر فتحققت الضرورة (ولنا ما روينا) يعنى قوله عليه الصلاة والسلام « لايختلى خلاها » وإنما تعتبر الضرورة فيما لايكون فيه نص بخلافه . فإن قيل : النص فى القطع لا فى الرعى . أجاب بقوله (والقطع بالمشافر كالقطع بالمناجل) شفرة كل شىء حرفه . ومشفر البعير شفته . والمناجل جمع منجل وهو مايحصد به الزرع . وقوله (وحمل الحشيش) يعنى سلمنا أن النص فى القطع لا فى الرعى لكن لانسلم الضرورة لأن حمل الحشيش (من الحل ممكن فلا ضرورة) فإن قيل : ما بال الإذخر لم يحرم رعيه ولا ضرورة فيه ؟ أجاب بقوله (بخلاف الإذخر) لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم استثناه فيجوز رعيه . وروى « أن العباس رضى الله عنه

(قال المصنف : وقيمة أخرى ضمانا لمالكه) أقول : قال ابن الهمام هذا على قولهما . أما على قول أبى حنيفة رحمه الله فلا يتصور لأنه لايتحقق عنده تملك أرض الحرم بل هى سوائب عنده اه . يعنى على ظاهر الرواية عنه ، وأما على رواية الحسن فقوله كقولهما وعليه الفتوى كما نصوا عليه (قوله ولنا ما روينا ، إلى قوله : وإنما تعتبر الضرورة فيما لايكون فيه نص بخلافه)أقول : فأين قولهم مواضع الضرورة مستثناة من قواعد الشرع فلا يكون القطع بالمشافر فى معنى القطع بالمناجل حتى يلحق به . ثم أقول : بقى فى قوله ولنا ماروينا الخ بحث ، إذ الأولى أن يقال : ولهما لأن المخالف منا (قوله يعنى سلمنا أن النص فى القطع لا فى الرعى لكن لانسلم الضرورة الخ) أقول : حق هذا المنع هو التقديم . وتقريره على الترتيب الطبيعى أن يقال : لانسلم الضرورة لأن حمل الحشيش من الحل ممكن ، ولو سلم فاعتبارها فيما لانص فيه ، ثم أقول : أى حاجة إلى إثبات الضرورة إذا لم يتناول النص الرعى .

قطعه ورعيه ، وبخلاف الكمأة لأنها ليست من جملة النبات (وكل شيء فعله القارن مما ذكرنا أن فيه على المفرد دما فعليه دمان دم لحجته ودم لعمرته) وقال الشافعي رحمه الله دم واحد بناء على أنه محرم بإحرام واحد عنده ، وعندنا بإحرامين وقد مرّ من قبل . قال (إلا أن يتجاوز الميقات غير محرم بالعمرة أو الحج فيلزمه دم واحد)

حرفه ، ومن ذلك شفرة السيف حده ، وشفير الخندق والنهر والبئر حرفه ، ومشفر البعير شفته (قوله وبخلاف الكمأة) لأنها ليست من جنس النبات لأنه اسم لما يظهر على وجه الأرض ، والكمأة تخلق فى باطنها لا يظهر منها شيء . وأيضا لا تنمو ولو قدر كونها نباتا كانت من الجاف (قوله وكل شيء فعله القارن مما ذكرنا أن فيه على المفرد دما فعليه دمان : دم لحجته ؛ ودم لعمرته . وقال الشافعي : دم واحد بناء على أنه محرم بإحرام واحد عنده وعندنا بإحرامين) فالجناية عليهما مجتمعين كالجناية عليهما منفردين . وأورد فلم لم يتداخلا كحرمة الإحرام والحرم فيما إذا قتل المحرم صيد الحرم إذ كان عليه جزاء واحد ؟ . أجيب بأن حرمة الإحرام أقوى من حرمة الحرم لأنها توجب حرمات كثيرة غير الصيد ، بخلاف حرمة الحرم فاستتبعت أقوى الحرمتين الأخرى لأن الأصل إذا اجتمع موجبان لحكم واحد إضافة الحكم إلى أقواهما وجعل الآخر تبعا له كالعدم ، وهذا كالحافر مع الدافع والحازّ للرقبة مع الجارح ، وإحرام الحج مساو لإحرام العمرة ، فإن جميع مايحرم به يحرم بالآخر فلم يمكن الاستتباع فيجعل

لما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها قال : إلا الإذخر يارسول الله فإنه لقبورهم وبيوتهم ، فقال عليه الصلاة والسلام : إلا الإذخر » وتأويله أنه عليه الصلاة والسلام كان من قصده أن يستثنى إلا أن العباس سبقه بذلك . أوكان أوحى الله إليه أن يرخص فيما يستثنيه العباس . فإن قيل : على هذا التقرير كان قوله لا يختلى خلاها عاما مخصوصا بمقارن فليخص الرعى بالقياس عليه . قلت : الاستثناء ليس بتخصيص ، ولئن سلمناه كان الإذخر مخصوصا بالضرورة ، وقد ذكرنا أن لا ضرورة فى الرعى . وقوله (وبخلاف الكمأة) معطوف على قوله بخلاف الإذخر : يعنى أنها ليست بداخلة فى المحرمات لأنها ليست من جملة نبات الأرض بل هى مودعة فيها . قال (وكل شيء فعله القارن مما ذكرنا أن فيه على المفرد دما فعليه دمان) كل ما على المفرد فيه دم مما تقدم من الجنايات فعلى القارن فيه دمان (دم لحجته ودم لعمرته . وقال الشافعي رحمه الله : دم واحد بناء على أن القارن عنده محرم بإحرام واحد وعندنا بإحرامين وقد مر ذلك من قبل) فإن قيل : إحرام الحج أقوى لكونه فرضا دون العمرة ، وإذا اجتمع أمران فى إيجاب حكم واحد وأحدهما أقوى من الآخر فإن الحكم يضاف إليه ويجعل الأضعف كالمعدوم ، كما ذكرتم فى المحرم إذا قتل صيد الحرم فإنه لا يجب عليه إلا جزاء واحد لأن حرمة الإحرام أقوى . فالجواب أن ذلك الأصل صحيح ولكن ليس إحرام الحج أقوى من إحرام العمرة فإن إحرام العمرة على انفراده يحرّم على المحرم بها جميع مايحرّم إحرام الحج فكانا متساويين فلا يستتبع أحدهما الآخر . فإن قيل : فعلى هذا يجب أن يختص وجوب الدمين على القارن بما إذا كان قبل الوقوف بعرفة ، فأما بعد الوقوف بها ففى الجماع يجب دمان ، وفى سائر المحظورات دم واحد لما أن إحرام العمرة إنما بقى فى حق التحلل لا غير . قلت بعد ذلك : وإن كان شيخ الإسلام ذكر مثل ماذكرت . ووجه البعد أن إحرام العمرة بعد الفراغ من أفعالها لم يبق إلا فى حق التحلل خاصة فكان قبل الوقوف وبعده سواء . وقوله (إلا أن يتجاوز الميقات استثناء من قوله فعليه دمان .

(قوله وقد ذكرنا أن لا ضرورة فى الرعى) أقول : وكذلك فى الإذخر إذ يجوز إتيانه من الحل (قال المصنف : إلا أن يتجاوز الميقات بغير إحرام)

خلافا لزفر رحمه الله لما أن المستحق عليه عند الميقات إحرام واحد وبتأخير واجب واحد لايجب إلا جزاء واحد (وإذا اشترك محرمان فى قتل صيد فعلى كل واحد منهما جزاء كامل) لأن كل واحد منهما

كل كأن ليس معه غيره ، كما لو جرح اثنان آخر فمات . ويرد عليه ماذكره المصنف فى دفع إيجاب الشافعى البدنة على من جامع فى العمرة بعد ماطاف أربعة أشواط قياسا على وجوبها إذا جامع فى الحج بعد الوقوف بعرفة من أنها سنة ومنع افتراضها فيجب عليه شاة إظهارا للتفاوت فأظهر التفاوت فى الأجزية للتفاوت فى المجنى عليه ، فلو اتحد رتبة إحرامى الحج والعمرة لم يصح ماذكره ، وإذا ظهر التفاوت جاز الاستتباع وإن لم يبلغ إلى درجة عدم الإيجاب . ألا ترى أن حرمة الحرم موجبة بانفرادها مايوجبه الإحرام ومع ذلك ظهر التفاوت من وجه آخر ووقع الاستتباع ، وعند هذا نورد ما كنا وعدنا ، وهو أن قتل الصيد محرم واقع جناية على الإحرام فوجب الجزاء إن كان نفس انتهاك حرمة القتل وجب أن لايتعدد لأنه لاتعدد فى الحرمة بل التعدد فى السبب على ماحققناه فى مسئلة قتل المحرم صيد الحرم ، وإن كان الجناية على الإحرام والإحرام متعدد فيتعدد الجزاء وجب التعدد فى قتل المحرم صيد الحرم لتعدد الجناية بتعدد المجنى عليه وهو الإحرام والحرم ، إذ لاشك أن منع قتل الصيد فيه لإثبات الله تعالى له حرمة وجعله حماه والقتل فيه جناية على حرم الله ، وكون إحدى الحرمتين فوق الأخرى لم يعرف فى الشرع سببا لإهدار الحرمة وجعلها تبعا ، بل الأصل أن كل حرمة تستتبع موجبا سواء ساوت غيرها أو لا . ومن المعلوم أن الوجوبات والتحريمات تتفاوت بالآكدية وقوة الثبوت ولم يسقط اعتبار شىء منها خصوصا وهذه الكفارة ظهر من الشارع الاحتياط فى إثباتها حيث ثبتت مع النسيان والاضطرار فى قتل الصيد فلا يجوز الاحتياط فى إسقاطها إلا لموجب لامرد له كثبوت الحاجة إلى تكرير السبب كثيرا كما قلنا فى تكرير آية سجدة التلاوة . وليس ذلك بلازم إذ لاحاجة متحققة فى تكثير القتل مع الإحرام والحرم ليستلزم تعدد الواجب الحرج فيدفع بالتداخل لطفا ورحمة فيلزم التداخل . والجواب منع الحصر لجواز كون الجزاء لإدخال النقص فى العبادة لا لكونه جناية . والقارن بالجناية على الإحرامين مدخل للنقص فى عبادتين ، بخلاف قتل المحرم صيد الحرم ، وذكر شيخ الإسلام أن وجوب الدمين على القارن إذا كانت الجناية قبل الوقوف فى الجماع وغيره ، أما بعد الوقوف ففى الجماع يجب دمان وفى سائر المحظورات دم واحد وتقدم مافيه (قوله لأن المستحق عليه الخ) هذا وجه المذهب واقتصر عليه ، ولم يذكر وجه قول زفر لضعف كلامه فى هذه المسئلة ، وأما الصورة التى يجب بسببها على القارن دمان بسبب المجاوزة فهى فيما إذا جاوز فأحرم بحج ثم دخل مكة فأحرم بعمرة ولم يعد إلى الحل محرما فليس كلاهما للمجاوزة بل الأول لها والثانى لترك ميقات العمرة ، فإنه لما دخل مكة التحق بأهلها وميقاتهم فى العمرة الحل (قوله وإذا اشترك محرمان الخ) وجهها ظاهر من الكتاب ، وكذا الفرق بين اشتراك المحرمين فى قتل الصيد والحلالين فى صيد الحرم

وقوله (خلافا لزفر) يعنى أنه يقول عليه دمان لكل إحرام دم كما فى سائر المحظورات . ولنا (أن المستحق عليه عند الميقات إحرام واحد) ألا ترى أنه لو أحرم للعمرة عند الميقات ثم أحرم بالحج بعد ما جاوز الميقات كان جائزا ولاشىء عليه مع أنه قارن أيضا (وبتأخير واجب واحد لايجب إلا جزاء واحد . وإذا اشترك محرمان فى قتل صيد) واحد (فعلى كل واحد منهما جزاء كامل) وقال الشافعى رحمه الله : عليهما جزاء واحد لأن من أصله أن الاعتبار للمحل ، وعن هذا قال الدال الذى لم يتصل فعله بالمحل لايلزمه شىء ، والمحل ههنا واحد فلا يلزمه إلا جزاء واحد ، وقاس بصيد الحرم وحقوق العباد . ولنا أن كل واحد منهما بالشركة يصير جانيا جناية تفوق الدلالة

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

بالشركة يصير جانيا جناية تفوق الدلالة فيتعدد الجزاء بتعدد الجناية (وإذا اشترك حلالان فى قتل صيد الحرم فعليهما جزاء واحد) لأن الضمان بدل عن المحل لاجزاء عن الجناية فيتحد باتحاد المحل ، كرجلين قتلا رجلا خطأ تجب عليهما دية واحدة ، وعلى كل واحد منهما كفارة (وإذا باع المحرم الصيد أو ابتاعه فالبيع باطل) لأن بيعه حيا تعرض للصيد الآمن وبيعه بعد ما قتله بيع ميتة

فارجع إليه . ولو اشترك محرمون ومحلون فى قتل صيد الحرم وجب جزاء واحد يقسم على عددهم ، ويجب على كل محرم مع ماخصه من ذلك جزاء كامل ، وإن كان معهم من لايجب عليه كصبي وكافر يجب على الحلال بقدر مايخصه من القسمة لو قسمت على الكل . واعلم أن قتل الحلالين صيد الحرم إن كان بضربة فلا شك فى لزوم كل نصف الجزاء ، أما إذا كان كل منهما ضربه ضربة فإنه يجب على كل منهما مانقصته ضربته ، ثم يجب على كل نصف قيمته مضروبا بضربتين لأن عند اتحاد فعلهما جميع الصيد صار متلفا بفعلهما فضمن كل منهما نصف الجزاء ، وعند الاختلاف الجزاء الذى تلف بضربة كل هو المختص بإتلافه فعليه جزاؤه والباقى متلف بفعلهما فعليهما ضمانه ، كذا فى المبسوط (قوله فالبيع باطل) لاشك فى حقيقة البطلان إن باعه بعد الذبح لأنه ميتة ، وأما إذا كان حيا فلا شك فيه إذا كان هو المشترى لأنه محرّم العين فى حقه لقوله تعالى ـ وحرّم عليكم صيد البرّ مادمتم حرما ـ أضاف التحريم إلى العين فيكون ساقط التقوّم فى حقه كالخمر ، وهذا هو النهى الذى أراد المصنف بقوله لأنه منهى التعرض وإطلاق اسم النهى على التحريم إطلاق اسم السبب على المسبب ، وأنت علمت أن إضافة التحريم إلى العين تفيد منع سائر الانتفاعات والكل مندرج فى مطلق التعرض . وحاصله إخراج العين عن المحلية لسائر التصرفات فيكون تعليق تصرف مابها عبثا فيكون قبيحا لعينه فيبطل ، وما ذكر من أنه إذا هلك بعد البيع فى يد المشترى فعليهما جزاءان لأنهما جنيا عليه صحيح إذا كان المتبايعان محرمين ، فإن كان البائع حلالا خص المشترى وقوله ويضمن (١) أيضا المشترى للبائع لفساد البيع ، قال : وعلى هذا إذا وهب محرم صيدا من محرم فهلك عنده يجب عليه جزاءان ضمانه لصاحبه لفساد الهبة وجزاء آخر حقا لله تعالى محله ما إذا كان البائع والواهب حلالين . أما البيع فظاهر كذمى باع خمرا من مسلم فهلكت عنده يضمنها له ، فإن قامت بينة على أنه أخذ هذا الصيد محرما فباعه يجب أن لايضمن له لأنه لم يملكه بهذا الأخذ فلا يجب الضمان ، بخلاف ما إذا أخذه حلالا ثم

أما أنه يصير جانيا فلأن الفعل الذى لا يقبل التجزئة إذا صدر من فاعلين يضاف إلى كل واحد منهما كملا كما فى القصاص وكفارة القتل ، وأما أنه جناية تفوق الدلالة فلاتصاله بالمحل دونها ، وإذا كان كل واحد منهما جانيا تلك الجناية كانت الجناية متعددة وتعدّدها يوجب تعدّد الجزاء لامحالة . وقوله (وإذا اشترك حلالان فى قتل صيد الحرم) وهو عكس المسئلة المتقدمة ظاهر مما تقدم غير مرة (وإذا باع المحرم الصيد أو ابتاعه فالبيع باطل) قال المصنف (لأن بيعه حيا تعرّض للصيد الآمن) والتعرض للصيد الآمن بالبيع باطل لخروجه عن محلية البيع بتحريم الشرع كخروجه عن محلية الذبح لذلك والبيع المضاف إلى غير محله باطل (وبيعه بعد ماقتله بيع ميتة)

أقول : استثناء منقطع ، لأن ذلك ليس مما ذكره بل يذكره (قال المصنف : وإذا اشترك حلالان فى قتل صيد الحرم فعليهما جزاء واحد
أقول : فإن قيل : ماالفرق بين هذه المسئلة وما إذا أخرج جماعة من المحرمين صيدا واحدا من الحرم فإنه يجب على كل واحد منهم جزاء كامل

(١) (قول صاحب الفتح وقوله ويضمن) لم يتضح من كلامه مرجع الضمير ، وكذا فى قوله قال ، ولعل فى العبارة سقطا فليحرر اهـ من خط العلامة البحراوى حفظه الله كتبه مصححه .

(ومن أخرج ظبية من الحرم فولدت أولادا فماتت هى وأولادها فعليه جزاؤهن) لأن الصيد بعد الإخراج من الحرم بقى مستحقا للأمن شرعا ولهذا وجب ردّه إلى مأمنه ، وهذه صفة شرعية فتسرى إلى الولد (فإن أدى جزاءها ثم ولدت ليس عليه جزاء الولد) لأن بعد أداء الجزاء لم تبق آمنة لأن وصول الخلف كوصول الأصل . والله أعلم .

أحرم فباعه . وأما الهبة فبعد أن يكون الواهب مالكا بالطريق الذى ذكرنا فيه نظر . ولو تبايعا صيدا فى الحل ثم أحرما أو أحدهما ثم وجد المشترى به عيبا رجع بالنقصان وليس له الرد . وقد قدمنا أنه إذا أصاب المحرم صيودا كثيرة على قصد التحلل والرفض للإحرام فعليه جزاء واحد لتناوله انقطاع الإحرام وإن أخطأ . وإن لم يكن على وجه التحلل ورفض الإحرام فعليه لكل جزاء وعلى هذا سائر محظورات الإحرام (قوله ومن أخرج ظبية من الحرم) وهو حلال أو محرم (قوله وهذه) أى كونها مستحقة الأمن بالرد إلى المأمن (صفة شرعية) فالتأنيث هو باعتبار الخبر مثل قولك زيد هى هدية إليك ، ولا يصح على اعتبار اكتساب الكون التأنيث من المضاف إليه لأنه هنا مما لا يصح حذفه وإقامة المضاف إليه مقامه لفساد المعنى لأنه ضمير الظبية . ولا يصح الظبية صفة شرعية . بخلاف نحو شرقت صدر القناة من الدم . والحاصل أن صفة استحقاق الأمن صفة شرعية كالرق والحرية فتسرى إلى الولد عند حدوثه كسائر الصفات الشرعية فيصير خطاب رد الولد مستمرا . وإذا تعلق خطاب الرد كان الإمساك تعرضا له ممنوعا . فإذا اتصل الموت به ثبت الضمان ، بخلاف ولد المغصوب لأن سبب الضمان الغصب وهو إزالة اليد ولم توجد فى حق الولد ، حتى لو منع الولد بعد طلب المالك حتى مات ضمنه أيضا . قالوا : وهذا إذا لم يؤدّ ضمان الأم قبل الولادة . فإن كان فعل لا يضمن الولد لأن الولد حينئذ لا يسرى إليه استحقاق الأمن بالرد إلى المأمن لانتفاء هذه الصفة عن الأم قبل وجوده . حتى لو ذبح الأم والأولاد حل لأنه صيد الحل . ولكنه يكره ذكره فى الغاية ، وكل زيادة فى هذا الصيد كالسمن والشعر فضمانه عند موته على التفصيل المذكور . والذى يقتضيه النظر أن التكفير : أعنى أداء الجزاء إن كان حال القدرة على إعادة أمنها بالرد إلى المأمن لا يقع بذلك كفارة ولا يحل بعده التعرض لها . بل حرمة التعرض لها قائمة وإن كان حال العجز عنه بأن هربت فى الحل عند ما أخرجها إليه خرج به عن عهدتها فلا يضمن ما يحدث بعد التكفير من أولادها إذا متن . وله أن يصطادها . وهذا لأن المتوجه قبل العجز عن تأمينها إنما هو خطاب الرد إلى المأمن ولا يزال متوجها ما كان قادرا لأن سقوط الأمن إنما هو بفعل المأمور به ما لم يعجز ولم يوجد . فإذا عجز توجه خطاب الجزاء . وقد صرح هو بأن الأخذ

وبيع الميتة باطل لعدم المحل . وقوله (ومن أخرج ظبية من الحرم) حلالا كان أو محرما (فولدت أولادا فماتت هى وأولادها فعليه جزاؤهن لأن الصيد بعد الإخراج من الحرم بقى مستحقا للأمن شرعا) يعنى أن الصيد بعد الإخراج من الحرم متصف بصفة شرعية وهى بقاء استحقاقه للأمن شرعا ، وكل ما اتصف بصفة شرعية صفته تلك تسرى إلى الأولاد . أما اتصافه ببقاء الاستحقاق للأمن شرعا فلأن الرد إلى مأمنه واجب . وأما أن كل ما اتصف بتلك الصفة صفته تلك تسرى إلى الأولاد فكما فى الحرية والرق والكتابة وغيرها ، ونوقض بولد المغصوبة فإنها

قلنا : إن ذلك جناية على الإحرام كما مر (قال المصنف : ومن أخرج ظبية من الحرم) أقول : وفى كتاب الغصب تفصيل متعلق بهذه المسئلة .

(قوله وكل ما اتصف بصفة شرعية صفته تلك تسرى إلى الأولاد) أقول : قوله صفته تلك مبتدأ ، وقوله تسرى إلى الأولاد خبره ، والضمير فى قوله صفته راجع إلى « ما » فى قوله وكل ما (قوله ونوقض بولد المغصوبة فإنها الخ) أقول : الضمير فى قوله فإنها راجع إلى المغصوبة

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

ليس سببا للضمان بل القتل بالنص ، فالتكفير قبله واقع قبل السبب فلا يقع إلا نفلا ، فإذا ماتت بعد هذ الجزاء لزمه الجزاء لأنه الآن تعلق به خطاب الجزاء ، هذا الذى أدين به ، وأقول : يكره اصطيادها إذا أدى الجزاء بعد الهرب ثم ظفر بها لشبهة كون دوام العجز شرط إجزاء الكفارة إلا إذا اصطادها ليردها إلى الحرم .

(فروع) غصب حلال صيد حلال ثم أحرم الغاصب والصيد فى يده لزمه إرساله وضمان قيمته للمغصوب منه ، فلو لم يفعل بل دفعه للمغصوب منه حتى برأ من الضمان له كان عليه الجزاء وقد أساء . وهذا لغز يقال غاصب يجب عليه عدم الرد بل إذا فعل يجب به الضمان ، فلو أحرم المغصوب منه ثم دفعه إليه فعلى كل واحد منهما الجزاء إلا إن عطب قبل وصوله إلى يده . ولو كان المغصوب منه اصطاده وهو حلال وأدخله الحرم يضمن الغاصب له على قول أبى حنيفة خلافا لهما ، ويلزم الجزاء برمى الحلال من الحرم صيدا فى الحل كما يلزم فى عكسه لقوله تعالى - لاتقتلوا الصيد وأنتم حرم - يقال أحرم إذا دخل فى أرض الحرم كأشأم إذا دخل فى أرض الشأم ، كما يقال أحرم إذا دخل فى حرمة الشىء فبعمومه يفيده ، وكذا إرسال الكلب. وقدمنا فى أول فصل الجزاء أن الحلال إذا رمى صيدا فى الحل فأصابه فى الحرم بأن هرب إلى الحرم فأصابه السهم فيه أن عليه الجزاء ، والذى صرح به فى المبسوط أنه لايلزمه جزاء ولكن لايحل تناوله لأنه فى الرمى غير مرتكب للنهى . قال : وهذه المسئلة هى المستثناة من أصل أبى حنيفة ، فإن عنده المعتبر حالة الرمى إلا فى هذه المسئلة خاصة فإنه اعتبر فى التناول حالة الإصابة احتياطا لأن الحل بالذكاة يحصل ، وإنما يكون ذلك عند الإصابة ، فإذا كان عندها الصيد صيد الحرم لم يحل ، وعلى هذا إرسال الكلب ، والله أعلم .

(باب مجاوزة الوقت بغير إحرام)

فصله عن الجنايات وأخره ، لأن المتبادر من اسم الجنايات فى كتاب الحج مايقع جناية على الإحرام وهى

واجبة الرد إلى مالكها ، وهذه صفة شرعية ولم تسر إلى ولدها ، فإن زوائد المغصوب غير مضمونة . والجواب أن الصفة الشرعية تسرى إلى الأولاد إذا لم يكن مانع ، وصفة المغصوبية تمنع عن ذلك لأنها ليست بصفة شرعية ، ولأن تصورها لايتحقق فى الأولاد لأن الغصب إزالة اليد المحقة ، وهى فى الأولاد لاتتحقق لعدم ثبوت يد عليها تزال بالغصب ، والله أعلم

(باب مجاوزة الوقت بغير إحرام)

قال صاحب النهاية رحمه الله : لما ذكر باب الجنايات وأنواعها أعقبه ذكر باب مجاوزة الوقت بغير إحرام لأن هذا من الجنايات أيضا ، إلا أن هذا قبل الإحرام ، وما ذكره من باب الجنايات وما يتبعه بعد الإحرام، ومطلق

(قوله وهذه صفة شرعية ولم تسر إلى ولدها) أقول : لانسلم ذلك فإن ولدها واجب الرد أيضا ، ولهذا لومنع بعد طلب المالك ضمن ، وكذا إذا تعدى فيه ، والتفصيل فى كتاب الغصب (قوله فإن زوائد الغصب غير مضمونة) أقول : لايدل على عدم السراية (قوله لأنها ليست بصفة شرعية) أقول : أنت خبير بأنه إنما يمنع سريان المغصوبية لاسريان وجوب الرد ، ولايمكن أن يقال : خلاصة الجواب منع وجوب كل صفة شرعية مستندا لجواز أن يمنع منه مانع فيئول ماذكرتم إلى الكلام على السند لما لايخفى على المتأمل (قوله ولأن تصورها لايتحقق الخ) أقول : عدم تصور المغصوبية لايستلزم عدم تصور وجوب الرد إلى المالك وفيه الكلام ، ثم اعلم أن قوله ولأن تصورها معطوف على قوله لأنها ليست بصفة شرعية .

(باب مجاوزة الوقت بغير إحرام)

أقول : استعمل الوقت بمعنى مكان الإحرام مجاز .

(وإذا أتى الكوفى بستان بنى عامر فأحرم بعمرة . فإن رجع إلى ذات عرق ولبى بطل عنه دم الوقت . وإن رجع إليه ولم يلبّ حتى دخل مكة وطاف لعمرته فعليه دم) وهذا عند أبى حنيفة . وقالا : إن رجع إليه محرما فليس عليه شىء لبى أو لم يلب . وقال زفر : لايسقط لبى أولم يلبّ لأن جنايته لم ترتفع بالعود وصار كما إذا أفاض من عرفات ثم عاد إليه بعد الغروب . ولنا أنه تدارك المتروك فى أوانه وذلك قبل الشروع فى الأفعال فيسقط الدم . بخلاف الإفاضة لأنه لم يتدارك المتروك على مامر . غير أن التدارك عندهما بعوده محرما لأنه أظهر حق الميقات كما

ماتكون مسبوقة به ، وهذه الجناية قبله ولا تبادر أيضا . ثم تحقيق ماتقع عليه هذه الجناية أمران : البيت . والإحرام لا الميقات . فإنه لم يجب الإحرام منه إلا لتعظيم غيره . فالحاصل أنه أوجب تعظيم البيت بالإحرام من المكان الذى عينه ، فإذا لم يحرم منه كان مخلا بتعظيمه على الوجه الذى أوجبه فيكون جناية على البيت ونقصا فى الإحرام . لأنه لما وجب عليه أن ينشئه من المكان الأقصى فلم يفعل فقد أوجده ناقصا (قوله فإن رجع إلى ذات عرق) ليس بقيد بل بناء على الظاهر من أنه إذا تدارك بالرجوع فإنما يرجع إلى ميقاته الذى جاوزه . وإلا فظاهر الرواية أنه لافرق بين أن يرجع إلى ميقاته أو إلى ميقات آخر من مواقيت الآفاقيين . وعن أبى يوسف : إن كان الذى رجع إليه محاذيا لميقاته أو أبعد منه فكميقاته . وإلا لم يسقط الدم بالرجوع إليه . والصحيح ظاهر الرواية لما قدمناه أن كلا من المواقيت ميقات لأهله ولغير أهله بالنص مطلقا بلا اعتبار المحاذاة . والحاصل أن الآفاقى إذا وصل إلى ميقات من مواقيت الآفاقيين فإما أن يكون بعد ميقات آخر فى طريقه أو لا . فإن كان جاز له مجاوزته إلى الميقات الأخير . وإن لم يكن وجب عليه الإحرام منه كالميقات الأخير . فإن لم يحرم حتى جاوزه . فإن عاد قبل استلام الحجر إلى الميقات فلبى عنده سقط عنه دم المجاوزة اتفاقا . وإن لم يلبّ لايسقط عند أبى حنيفة . وعندهما يسقط وإن لم يلبّ ، وعند زفر لايسقط وإن لبى فيه (قوله بخلاف الإفاضة فإنه لم يتدارك المتروك) لأن الواجب عليه

ذكر جناية المحرم يتناول ما بعد الإحرام فكان كاملا فى استحقاق اسم الجناية فلذلك قدمه على هذا الباب . فإن قيل : كان الواجب أن لايجب على من جاوز الميقات بغير إحرام شىء لأن المحرّم للأشياء الموجبة للكفارة هو الإحرام والإحرام غير موجود فى ذلك الوقت . فالجواب أن من جاوز الميقات بغير إحرام ارتكب المنهى عنه وتمكن به فى حجه نقصان . ونقصانه يجبر بالدم إلا إذا تدارك ذلك فى أوانه بالرجوع إلى الميقات ملبيا قبل أن يطوف (وإذا أتى الكوفى بستان بنى عامر فأحرم بعمرة . فإن رجع إلى ذات عرق ولبى بطل عنه دم الوقت) وتخصيصه بذات عرق بناء على ظاهر حال الكوفى وإلا فالرجوع إليه وإلى غيره من المواقيت سواء فى ظاهر الرواية . وعن أبى يوسف أنه قال : ينظر إن عاد إلى ميقات . وذلك الميقات يحاذى الميقات الأول أو أبعد إلى الحرم سقط عنه الدم وإلا فلا (وإن رجع إليه لكن لم يلبّ حتى دخل مكة وطاف لعمرته فعليه دم عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالا : إن رجع محرما فلا شىء عليه لبى أو لم يلبّ . وقال زفر رحمه الله : لايسقط لبى أو لم يلبّ لأن جنايته لم ترتفع بالعود) لأن حق الميقات إنشاء الإحرام . والراجع إليه ليس بمنشئ (وصار كما إذا أفاض من عرفات ثم عاد إليه بعد الغروب . ولنا أنه تدارك المتروك فى وقته وذلك قبل الشروع فى الأفعال) وتدارك المتروك فى أوانه يسقط الكفارة (بخلاف الإفاضة لأنه لم يتدارك المتروك) لأن المتروك هناك استدامة الوقوف إلى غروب الشمس ، وبالعود لم يحصل ذلك على ما مر . وبهذا الكلام تم الحجة على زفر وبقى الكلام بينهم فى أن التدارك هل يحصل بمجرد العود أو مع التلبية (عندهما بعوده محرما لأنه أظهر حق الميقات) وهو المرور به محرما فإنه إذا أحرم

(قوله بناء على ظاهر حال الكوفى) أقول : من أنه إذا تدارك بالرجوع فإنه يرجع إلى ميقاته الذى جاوزه .

إذا مر به محرما ساكتا . وعنده رحمه الله بعوده محرما ملبيا لأن العزيمة فى الإحرام من دويرة أهله ، فإذا ترخص بالتأخير إلى الميقات وجب عليه قضاء حقه بإنشاء التلبية فكان التلافى بعوده ملبيا ، وعلى هذا الخلاف إذا أحرم بحجة بعد المجاوزة مكان العمرة فى جميع ماذكرنا ، ولو عاد بعد ما ابتدأ بالطواف واستلم الحجر لايسقط عنه الدم بالاتفاق ، ولو عاد إليه قبل الإحرام يسقط بالاتفاق (وهذا) الذى ذكرنا (إذا كان يريد الحج أو العمرة ،

إذا وقف نهارا إما الكون بها وقت الغروب أو مدّه إلى الغروب على حسب اختلافهم على ماقدمناه . وبالعود بعد الغروب لم يتدارك واحدا منهما ، أما مانحن فيه فالواجب التعظيم بالكون محرما فى الميقات ليقطع المسافة التى بينه وبين مكة متصفا بصفة الإحرام ، وهذا حاصل بالرجوع محرما إليه . وعلى هذا الوجه لاتجب التلبية فيه ، إلا أن أباحنيفة ألزم لسقوط الدم التلبية تحصيلا للصورة بالقدر الممكن ، وفى صورة إنشاء الإحرام لابد من التلبية أو مايقوم مقامها ، وكذا إذا أراد أن يجبره ، بخلاف ما إذا رجع محرما حتى جاوز الميقات فلبى ثم رجع ومر به ولم يلبّ يجوز لأنه فوق الواجب عليه فى تعظيم البيت (قوله ولو عاد بعد ما ابتدأ بالطواف) ولو شوطا (لايسقط بالاتفاق) لأن السقوط بالرجوع باعتبار مبتدإ الإحرام عند الميقات ، وهذا الاعتبار بعد الشروع فى الأفعال يستلزم اعتبار بطلان ما وجد منه من الطواف ، ولا سبيل إليه بعد وقوعه معتدا به فكان اعتبارا ملزوما للفاسد وملزوم الفاسد فاسد ، وكذا إذا لم يعد حتى شرع فى الوقوف بعرفة من غير أن يطوف لما ذكرناه بعينه (قوله وهذا إذا أراد الحج أو العمرة) يوهم ظاهره أن ماذكرنا من أنه إذا جاوز غير محرم وجب الدم إلا أن يتلافاه محله ما إذا كان الكوفى قاصدا للنسك ، فإن لم يقصده بل قصد التجارة أو السياحة لاشىء عليه بعد الإحرام وليس كذلك ،

من دويرة أهله ومر به ساكتا صح (وعنده بعوده محرما ملبيا لأن العزيمة أن يحرم من دويرة أهله) فإذا أحرم منها صارت موضع إحرامه فتشترط التلبية هناك ، فإذا لبى ثمة ثم سكت عند المرور بالميقات لاشىء عليه ، وليس الكلام فيه وإنما الكلام فيما إذا ترخص بالتأخير إلى الميقات فإنه يجب قضاء حقه بإنشاء التلبية والإحرام ، فإذا ترك ذلك بالمجاوزة حتى أحرم وراء الميقات ثم عاد ، فإن لبى فقد أتى بجميع ماهو المستحق عليه فيسقط عنه الدم ، وإن لم يلبّ فلم يأت بجميع ما استحق عليه ، والخلاف فى إحرام الحج بعد المجاوزة كالخلاف فى إحرام العمرة فى جميع ماذكرنا ، وقوله (ولو عاد بعد ما ابتدأ الطواف) متصل بقوله وإن رجع إليه ولم يلب حتى دخل مكة وطاف لعمرته . وحاصله أن مسئلة العود على ثلاثة أوجه : فى وجه لايسقط بالعود بالاتفاق . وفى وجه يسقط به بالاتفاق ، وفى وجه على الاختلاف الذى ذكرناه . وبيانه أن من دخل مكة يريد الحج أو العمرة لايجوز له أن يتجاوز الميقات بغير إحرام ، فإن جاوز فإما أن يعود إليه أولا ، فإن لم يعد وجب عليه الدم ، وإن عاد ، فإما أن يعود قبل الإحرام أو بعده ، فإن عاد قبله سقط الدم بالاتفاق لأنه أنشأ التلبية الواجبة عند ابتداء الإحرام ، وإن عاد بعده فإما أن يعود بعد ما ابتدأ الطواف واستلم الحجر أو قبله ، فإن عاد بعده لايسقط الدم بالاتفاق لأنه لما طاف واستلم الحجر وقع شوطا معتدا به ، وذلك ينافى إسقاط الدم عنه لأن الإسقاط إنما هو باعتبار أنه مبتدئ من الميقات تقديرا وبعد ما وقع منه شوط معتدّ به لايتصور كونه مبتدئا ، وظهر لك مما ذكرنا أن قوله واستلم الحجر لبيان أن المعتبر فى ذلك الشوط وإن عاد قبله فعلى الاختلاف المذكور .

(قوله وظهر لك مما ذكرنا أن قوله واستلم الحجر لبيان أن المعتبر فى ذلك الشوط) أقول : فيه بحث ، إذ الاستلام يكون أيضا قبل الابتداء بالطواف فلا دلالة للواو على الترتيب . نعم لو كانت العبارة فاستلم لكان لما ذكره وجه .

فإن دخل البستان لحاجة فله أن يدخل مكة بغير إحرام ووقته البستان وهو وصاحب المنزل سواء) لأن البستان غير واجب التعظيم فلا يلزمه الإحرام بقصده . وإذا دخله التحق بأهله . وللبستانى أن يدخل مكة بغير إحرام للحاجة فكذلك له.والمراد بقوله ووقته البستان جميع الحل الذى بينه وبين الحرم وقد مرّ من قبل،فكذا وقت الداخل الملحق به(فإن أحرما من الحل ووقفا بعرفة لم يكن عليهما شيء) يريد به البستانى والداخل فيه لأنهما أحرما من ميقاتهما (ومن دخل مكة بغير إحرام ثم خرج من عامه ذلك إلى الوقت وأحرم بحجة عليه أجزأه) ذلك(من دخوله مكة بغير

بل يجب أن يحمل على أنه إنما ذكره بناء على أن الغالب فى قاصدى مكة من الآفاقيين قصد النسك . فالمراد بقوله إذا أراد الحج أو العمرة : إذا أراد مكة . وذلك أنه إنما يريد بيان أن ماذكره من لزوم الإحرام من الميقات إنما هو على من قصد مكة ، أما من قصد مكانا آخر من الحلّ داخل الميقات فلا يجب عليه الإحرام منه لتعظيم مكة لأن الإحرام منه لتعظيم مكة لا لتعظيم ذلك المكان ولا نفس الميقات . ولذا قابل قوله وهذا إذا أراد الحج بقوله فإن دخل البستان لحاجة الخ ، ثم موجب هذا الحمل أن جميع الكتب ناطقة بلزوم الإحرام على من قصد مكة سواء قصد النسك أولا . ويطول تفصيل المنقولات فى ذلك . وقد صرح به المصنف فى فصل المواقيت حيث قال ثم الآفاقى إذا انتهى إليها على قصد دخول مكة فعليه أن يحرم سواء قصد الحج أو العمرة أو لم يقصد عندنا لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا يجاوز أحد الميقات لا محرما » ولأن وجوب الإحرام لتعظيم هذه البقعة الشريفة فيستوى فيه التاجر والمعتمر وغيرهما . ولا أصرح من هذا شيء بل ينبغى أن يعلم قصد الحرم فى كونه موجبا للإحرام كقصد مكة (قوله فإن دخل البستان الخ) اعلم أن عند أبى يوسف أنه إنما يجوز له المجاوزة بغير إحرام إذا كان على قصد أن يقيم بالبستان خمسة عشر يوما ، وإلا لم يجز بغير إحرام لأنه يبقى على حكم السفر الأول ولذا يقصر الصلاة ، والأول أوجه للمتأمل (قوله ومن دخل مكة بغير إحرام ثم خرج من عامه) حاصل الأحكام الكائنة هنا أربعة : أحدها أنه لايجوز للآفاقى دخول مكة بغير إحرام . ثانيها أن من دخلها بلا إحرام يجب عليه إما حجة أو عمرة . قال فى البدائع ، فإن أقام بمكة حتى تحولت السنة ثم أحرم يريد قضاء ماوجب عليه بدخول مكة بغير إحرام أجزأه فى ذلك ميقات أهل مكة فى الحج بالحرم وفى العمرة بالحل ، لأنه لما أقام بمكة صار فى حكم أهلها فيجزيه إحرامه من ميقاتهم اهـ . وتعليله يقتضى أن لاحاجة إلى تقييده بتحويل السنة . ثالثها أنه إذا خرج من عامه ذلك إلى الميقات وحج حجة الإسلام سقط ما وجب عليه بدخول مكة بلا إحرام . رابعها أنه إذا خرج بعد مضى تلك السنة لايسقط ، وقول المصنف بحجة عليه أعم من كونها منذورة أو حجة الإسلام ، وكذا إذا أحرم بعمرة منذورة وقوله أجزأه من دخول مكة بغير إحرام : يعنى من آخر دخول دخله بغير إحرام : فإنه لو دخلها مرارا بغير إحرام وجب عليه لكل مرة حجة أو عمرة ، فإذا خرج فأحرم بنسك أجزأه عن دخوله الأخير لاعما قبله ، ذكره فى شرح الطحاوى قال : لأن الواجب قبل الأخير صار دينا فى ذمته فلا يسقط إلا بالتعيين بالنية . وفى المبسوط : إذا دخل مكة بلا إحرام فوجب عليه حجة أو عمرة فأهلّ به بعد سنة من وقت غير وقته هو أقرب منه ، قال :

وقوله (فإن دخل البستان)ظاهر . وقوله (التحق بأهله) يعنى سواء نوى مدة الإقامة أو لم ينو فى ظاهر الرواية ، وعن أبى يوسف أنه شرط نية الإقامة خمسة عشر يوما . وقوله(وقد مرّ من قبل) أراد به ماذكره فى فصل المواقيت بقوله ومن كان بداخل الميقات فوقته الحل معناه جميع الحل الذى بين المواقيت وبين الحرم . وقوله (ومن دخل مكة بغير إحرام) معناه من دخل مكة بغير إحرام فلزمه حجة أو عمرة (ثم خرج من عامه ذلك) وحج حجة الإسلام أو حجة أو عمرة فإنها تنوب عما وجب عليه بدخوله

إحرام) وقال زفر رحمه الله : لايجزيه ، وهو القياس اعتبارا بما لزمه بسبب النذر ، وصار كما إذا تحولت السنة ، ولنا أنه تلافى المتروك فى وقته لأن الواجب عليه تعظيم هذه البقعة بالإحرام ، كما إذا أتاه محرما بحجة الإسلام فى الابتداء ، بخلاف ما إذا تحولت السنة لأنه صار دينا فى ذمته فلا يتأدى إلا بإحرام مقصود كما فى الاعتكاف المنذور فإنه يتأدى بصوم رمضان من هذه السنة دون العام الثانى (ومن جاوز الوقت فأحرم بعمرة وأفسدها مضى فيها

يجزيه ذلك ولا شيء عليه ، لأنه فى السنة الأولى لو أهلّ منه أجزأه عما يلزمه من دخولها (قوله اعتبارا بما لزمه بالنذر) أى إعتبارا لما لزمه بالدخول بغير إحرام بما لزمه بالنذر ، وفى المنذور لايخرجه عن عهدته إلا أن ينويه عنه ، فكذا ما بالدخول (ولنا) وهو وجه الاستحسان (أنه تلافى المتروك فى وقته الخ) معنى هذا الكلام أن الواجب عليه أن يكون محرما عند قصد دخول مكة من الميقات تعظيما للبقعة لا لذات دخول مكة من حيث هو دخولها ، فإذا لم يفعل ودخل هو بلا إحرام وجب عليه قضاء حقها الذى لم يفعله ، وذلك بأن يدخلها على ذلك الوجه الذى فوّته ، فإذا خرج إلى الميقات فأحرم بحجة عليه وقدم مكة فقد فعل ماتركه ، وذلك لأن وجوب أحد النسكين فيها إذا دخلها بلا إحرام ليس إلا لوجوب الإحرام ، إلا أنه لما كان الإحرام لايتحقق إلا بأحدهما قلنا وجب عليه أحدهما ، فإذا خرج إلى الميقات فأحرم بما عليه فقد فعل ماكان واجبا عليه بالدخول وهو الإحرام فى ضمن ما وجب عليه بسبب آخر . وصار كما إذا أتاها محرما ابتداء بما عليه من حجة الإسلام من الميقات لم يلزمه شيء آخر لحصول المقصود فى ضمن ما عليه ، بخلاف ما إذا تحولت السنة ، فإنه لما لم يقض حقها فى تلك صار بتفويته دينا عليه فصار تفويتا مقصودا محتاجا إلى النية ، كما إذا نذر أن يعتكف هذا الرمضان فاعتكف فيه جاز ، وإن لم يعتكفه لايجوز أن يعتكفه فى رمضان الآتى لأنه لما فاته المنذور المعين تقرر اعتكافه فى الذمة دينا فلا يتأدى

مكة بغير إحرام . وقال زفر : لايجزئه وهو القياس اعتبارا بما لزمه بسبب النذر) فإنه إذا كان عليه حجة وجبت بالنذر وحج حجة الإسلام فإنه لايسقط بها المنذورة كذلك ههنا ، والجامع أن كل واحدة منهما واجبة بسبب غير سبب الأخرى ، فإن ما وجب عليه بالدخول بمنزلة مايجب عليه بالنذر فى أن الشروع ملزم كالنذر ، فكما لاتتأدى المنذورة بحجة الإسلام فكذا المشروع فيها (وصار) ذلك (كما إذا تحولت السنة) ثم حج حجة الإسلام فإنه لايقوم مقام مالزمه بدخوله مكة بلا خلاف (ولنا) وهو وجه الاستحسان (أنه تلافى المتروك فى وقته) وهو السنة التى دخل فيها مكة (لأن الواجب عليه تعظيم هذه البقعة بالإحرام) لاغير على أى وجه كان وقد حصل ذلك (كما إذا أتاه محرما بحجة الإسلام فى الابتداء) فإنه يجزئه عن حجة الإسلام التى نوى وعما لزمه بدخوله مكة (بخلاف ما إذا تحوّلت السنة لأنه صار دينا فى ذمته) بمضى وقت الحج (فلا يتأدى إلا بإحرام مقصود كما فى الإعتكاف المنذور فإنه يتأدى بصوم رمضان من سنة نذر فيها دون العام الثانى) فإن قيل : سلمنا أن الحجة بتحول السنة تصير دينا ، ولكن لانسلم أن العمرة تصير دينا لعدم توقتها بوقت معين ، فينبغى أن تسقط العمرة الواجبة بدخوله مكة بغير إحرام بالعمرة المنذورة فى السنة الثانية كما تسقط بها فى السنة الأولى . أجيب بأن تأخير العمرة إلى أيام النحر والتشريق مكروه ، فإذا أخرها إلى وقت مكروه صار كالمفوّت لها فصارت دينا . قال (ومن جاوز الميقات) بغير إحرام ، ذكر فى هذه المسئلة ثلاثة أحكام : المضى فيها ، وقضاؤها بإحرام من الميقات ، وسقوط الدم . أما المضى فلأن الإحرام عقد لازم لايخرج المرء عنه بعد الشروع فيه إلا بأداء الأفعال . وأما القضاء

(قوله بالعمرة المنذورة) أقول : الظاهر أنها زائدة .

وقضاها) لأن الإحرام يقع لازما فصار كما إذا أفسد الحج (وليس عليه دم لترك الوقت) وعلى قياس قول زفر رحمه الله لايسقط عنه وهو نظير الاختلاف فى فائت الحج إذا جاوز الوقت بغير إحرام وفيمن جاوز الوقت بغير إحرام وأحرم بالحج ثم أفسد حجته ، هو يعتبر المجاوزة هذه بغيرها من المحظورات . ولنا أنه يصير قاضيا حق الميقات بالإحرام منه فى القضاء ، وهو يحكى الفائت ولا ينعدم به غيره من المحظورات فوضح الفرق (وإذا خرج المكى يريد الحج فأحرم ولم يعد إلى الحرم ووقف بعرفة فعليه شاة) لأن وقته الحرم وقد جاوزه بغير إحرام ، فإن عاد إلى الحرم ولبى أو لم يلبّ فهو على الاختلاف الذى ذكرناه فى الآفاقى (والمتمتع إذا فرغ من عمرته ثم خرج من

إلا بصوم مقصود لعود شرطه : أعنى الصوم إلى الكمال الأصلى فلا يتأدى فى ضمن صوم آخر . ولقائل أن يقول : لافرق بين سنة المجاوزة وسنة أخرى . فإن مقتضى الدليل إذا دخلها بلا إحرام ليس إلا وجوب الإحرام بأحد النسكين فقط . ففى أى وقت فعل ذلك يقع أداء لأن الدليل لم يوجب ذلك فى سنة معينة ليصير بفواتها دينا يقضى . فهما أحرم من الميقات بنسك عليه تأدى هذا الواجب فى ضمنه . وعلى هذا إذا تكرر الدخول بلا إحرام منه ينبغى أن لايحتاج إلى التعيين وإن كانت أسبابا متعددة الأشخاص دون النوع . كما قلنا فيمن عليه صوم يومين من رمضان فصام ينوى مجرد قضاء ما عليه ولم يعين الأول ولا غيره جاز . وكذا لو كانا من رمضانين على الأصح . فكذا نقول إذا رجع مرارا فأحرم كل مرة بنسك حتى أتى على عدد دخلاته خرج عن عهدة ما عليه (قوله وليس عليه دم لترك الوقت) لأن المراد بقوله وقضاها كون القضاء بإحرام من الميقات . وهذا نظير الاختلاف فيمن جاوز الميقات بلا إحرام ثم أحرم بالحج ومضى ففاته فتحلل بعمرة وقضاه من الميقات أو جاوز فأحرم بالحج فأفسده وقضاه من الميقات لادم عليه (قوله هو يعتبر المجاوزة هذه بغيرها من المحظورات) كالتطيب والحلق ، إذ لو تطيب أو حلق فى إحرام نسك ثم أفسده وقضاه واجتنب المحظورات فى القضاء لايسقط عنه الدم فكذا هذا (ولنا أنه يصير قاضيا حق الميقات بالإحرام منه فى القضاء وهو يحكى الفائت) فيينجبر به . وهذا لأن النقص حصل بترك الإحرام من الميقات ويصير قاضيا حقه بالقضاء . بخلاف ما ذكر لأن الكف عن محظور إحرام فيه لاينعدم به فعل محظور فى آخر (قوله وإذا خرج المكى) يعنى إلى الحل (يريد الحج) لأنه لو خرج إلى الحل لحاجة فأحرم منه ووقف بعرفة فلا شىء عليه ، كالآفاقى إذا جاوز الميقات قاصدا البستان ثم أحرم منه ، هذا

فلأنه التزم الأداء على وجه الصحة ولم يفعل . وأما سقوط الدم فلأنه إذا قضاها بإحرام من الميقات ينجبر به مانقص من حق الميقات بالمجاوزة من غير إحرام فسقط عنه الدم كمن سها فى صلاته ثم أفسدها فقضاها سقط سجود السهو . وقال زفر : لايسقط عنه الدم ، وهذا الاختلاف نظير الاختلاف فيمن جاوز الميقات بغير إحرام ثم أحرم بالحج وفاته الحج ثم قضاه فإنه يسقط عنه دم الوقت عندنا خلافا لزفر . ونظير الاختلاف فيمن جاوز الميقات بغير إحرام وأحرم بالحج ثم أفسده بالجماع قبل الوقوف بعرفة ثم قضاه فإن دم الوقت يسقط عنه عندنا خلافا لزفر ، قال : لأن الدم بمجاوزة الميقات صار واجبا عليه فلا يسقط بفوات الحج ، كما لو وجب عليه الدم بالتطيب أو لبس المخيط فإنه لايسقط عنه بفوات الحج (ولنا أنه يصير قاضيا حق الميقات بالإحرام منه) أى من الميقات (فى القضاء وهو) أى القضاء (يحكى الفائت) أى يفعل مثل فعل ما فات وهو الإحرام من الميقات ابتداء فينعدم به المعنى الذى لأجله لزمه الدم وهو المجاوزة بغير إحرام بخلاف غيره من المحظورات فإنه لاينعدم بفوات الحج وقضائه . وقوله (وإذا خرج المكى من الحرم الخ) ظاهر .

الحرم فأحرم ووقف بعرفة فعليه دم) لأنه لما دخل مكة وأتى بأفعال العمرة صار بمنزلة المكى ، وإحرام المكى من الحرم لما ذكرنا فيلزمه الدم بتأخيره عنه (فإن رجع إلى الحرم فأهلّ فيه قبل أن يقف بعرفة فلا شيء عليه) وهو على الخلاف الذى تقدم فى الآفاق ، والله تعالى أعلم .

(باب إضافة الإحرام إلى الإحرام)

(قال أبوحنيفة رحمه الله : إذا أحرم المكى بعمرة وطاف لها شوطا ثم أحرم بالحج فإنه يرفض الحج ، وعليه لرفضه دم ، وعليه حجة وعمرة) .

وإذا أحرم المكى للعمرة من الحرم فعليه دم إن لم يعد إلى ميقاته على ماعرف (قوله لأنه لما دخل إلى مكة الخ) ظاهر مسألة ذكرت فى المناسك أن بدخول أرض الحرم يصير له حكم أهلّ مكة فى الميقات ، وهى أن من جاوزه بغير إحرام فأحرم بحجة ثم أحرم من الحرم بعمرة لزمه دمان : دم لترك الميقات ، ودم لترك ميقات العمرة ، لأنه فى حق من صار من أهل مكة الحل اهـ . ولم أر تقييد مسئلة المتمتع بما إذا خرج على قصد الحج ، وينبغى أن يقيد به ، وأنه لو خرج لحاجة إلى الحل ثم أحرم بالحج منه لايجب عليه شيء كالمكى . هذا وفى مجاوزة المرقوق مع مولاه بلا إحرام ثم أذن له مولاه فأحرم من مكة دم يؤخذ به بعد العتق ، وإن جاوزه صبى أوكافر فأسلم أو بلغ الصبى فلا شيء عليهما ، والله أعلم .

(باب إضافة الإحرام إلى الإحرام)

(قوله قال أبوحنيفة الخ) حاصل وجوه : ماإذا أحرم المكى بعمرة فأدخل عليها إحرام حجة ثلاثة : إما أن أن يدخله قبل أن يطوف فترتفض عمرته اتفاقا ، ولو فعل هذا آفاقى كان قارنا على ما أسلفناه فى باب القران ، أو يدخله بعد أن يطوف أكثر الأشواط فترتفض حجته اتفاقا ، ولو فعل هذا آفاقى كان متمتعا إن كان الطواف فى أشهر الحج على ما قدمناه ، أو بعد أن طاف الأقل فهى الخلافية عنده يرفض الحج لما يلزم رفض العمرة من إبطال العمل . وعندهما العمرة لأنها أدنى حالا إذ ليس من جنسها فرض . بخلاف الحج وأقل أعمالا وهو ظاهر وأيسر قضاء لعدم توقيتها وقلة أعمالها ، ولو فعل هذا آفاقى كان قارنا على ما استوفيناه فى صدر باب القران ، وكل من رفض نسكا فعليه دم لما روى أبوحنيفة عن عبد الملك بن عمير عن عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله

(باب إضافة الإحرام إلى الإحرام)

إضافة الإحرام إلى الإحرام فى حق المكى ومن بمعناه جناية ، وكذلك إضافة إحرام العمرة إلى إحرام الحج فى حق الآفاقى . بخلاف إضافة إحرام الحج إلى إحرام العمرة ؛ فباعتبار معنى الجناية ذكرها عقيب الجنايات ، وباعتبار عدمه جعله فى باب على حدة (قال أبو حنيفة رحمه الله : إذا أحرم المكى بعمرة وطاف لها شوطا ثم أحرم بالحج فإنه يرفض الحج وعليه لرفضه دم وعليه حجة وعمرة) قيد بالمكى لأن الآفاقى إذا أهلّ بالعمرة أولا وطاف لها شوطا ثم أهل بالحج مضى فيهما ، ولا يرفض الحج لأن بناء أعمال الحج على أعمال العمرة صحيح فى حق الآفاقى ، إلا أنه لو طاف لها أقل الأشواط كان قارنا ، وإن طاف لها الأكثر كان متمتعا لأن المتمتع من يحرم بالحج بعد عمل

(باب إضافة الإحرام إلى الإحرام)

(قوله فباعتبار معنى الجناية ذكرها عقيب الجنايات وباعتبار عدمه جعله فى باب على حدة) أقول : وأيضا مايذكر فى هذا الباب تضاعف الإحرام ، وفى الباب السابق الخلو عنه فكان بينهما أشد المقابلة فذكر عقيبه فى باب على حدة ، ولعل هذا الوجه أولى .

(وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: رفض العمرة أحب إلينا وقضاؤها وعليه دم) لأنه لابدّ من رفض أحدهما لأن الجمع بينهما فى حق المكى غير مشروع ، والعمرة أولى بالرفض لأنها أدنى حالا وأقل أعمالا وأيسر قضاء لكونها غير مؤقتة، وكذا إذا أحرم بالعمرة ثم بالحج ولم يأت بشيء من أفعال العمرة لما قلنا. فإن طاف للعمرة أربعة أشواط ثم أحرم بالحج رفض الحج بلا خلاف ، لأن للأكثر حكم الكل فتعذر رفضها كما إذا فرغ منها ، ولا كذلك إذا طاف للعمرة أقل من ذلك عند أبى حنيفة رحمه الله .

عليه وسلم أمر لرفضها العمرة بدم ، ولو مضى المكى عليهما ولم يرفض شيئا أجزأه لأنه أدى أفعالهما كما التزمهما . غير أنه منهى عنه بقوله تعالى ـ ذلك لمن لم يكن أهله حاضرى المسجد الحرام ـ يعنى التمتع . وقد قدمنا أن القران داخل فى مفهومه ، وسماه المصنف نهيا باعتبار المعنى وهو عن فعل شرعى فلا يمنع تحقق الفعل على وجه المشروعية بأصله غير أنه يتحمل إثمه كصيام يوم النحر بعد أن يكون نذره . ثم عليه دم لتمكن النقصان فى نسكه بارتكاب المنهى عنه فيه فهو دم جبر فلا يتناول منه شيئا ، أما إن كان المضى عليهما بعد أن أدخل الحج على العمرة قبل الطواف للعمرة أو بعد طواف الأقل فظاهر لأنه قارن . وإن كان بعد فعل الأكثر فى أشهر الحج فكذلك لأنه متمتع . وليس لأهل مكة تمتع ولا قران . فلو كان طواف الأكثر منه للعمرة فى غير أشهر الحج ففى المبسوط أن عليه الدم أيضا ، قال : لأنه أحرم بالحج قبل أن يفرغ من العمرة . وليس للمكى أن يجمع بينهما ، فإذا صار جامعا من

العمرة ، وللأكثر الطواف حكم الكل . والقارن من يجمع بينهما ، وقيد بالعمرة لأن المكى إذا أهل بالحج فطاف له شوطا ثم أهل بالعمرة فإنه يرفض العمرة لأن إحرامه للحج قد تأكد ، وقبل التأكد كان يؤمر برفضها فبعده أولى . وقيد بالشوط : يعنى الواحد لأنه إذا طاف لها أربعة أشواط لاخلاف فى رفض الحج ، وأما فى الشوطين والثلاثة فقد صرح فخر الإسلام بوجود الخلاف الذى ذكر إذا طاف لها شوطا (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : رفض العمرة أحبّ إلينا وقضاؤها وعليه دم لأنه لابدّ من رفض أحدهما) بناء على ما تقدم من أن الجمع بين الحج والعمرة فى حق المكى غير مشروع فلا بد من رفض أحدهما حذرا من الاستدامة على غير المشروع (والعمرة أولى بالرفض لأنها أدنى حالا) لكونه فرضا دونها (وأقل أعمالا) لأن أعمالها الطواف والسعى لاغير (وأيسر قضاء لكونها غير مؤقتة) هذا إذا كان الحج فرضا . وأما إذا كان تطوّعا فيعلل بالوجهين الأخيرين . وقوله (وكذا إذا أحرم) يعنى رفض العمرة أحب لكن هذا بالاتفاق (لما قلنا) يعنى من الأمور الثلاثة ، وفى عبارته تسامح لأنه عطف بقوله وكذا المتفق عليه على المختلف فيه وهو ملبس لامحالة . وقوله (فإن طاف للعمرة أربعة أشواط) ظاهر مما ذكر آنفا . وقوله (ولا كذلك إذا طاف للعمرة أقل من ذلك عندهما) اختلفت النسخ ههنا فى بعضها عندهما وفى بعضها عند أبى حنيفة ، وفى بعضها : وكذلك إذا طاف للعمرة أقل من ذلك عند أبى حنيفة بحذف كلمة لا من قوله ولا كذلك . قال صاحب النهاية رحمه الله : ذكر الإمام مولانا حسام الدين الإخسيكثى رحمه الله . والصواب وكذلك يعنى النسخة الأخيرة قال : وهكذا أيضا وجدته بخط شيخى ، ولكل واحدة من هذه النسخ وجه ، أما وجه الأولى والثالثة فظاهر ، وأما وجه الثانية فهو أنه لدفع سؤال سائل وهو أن يقال : لما أخذ الأكثر حكم الكل يكون الأقل معدوما حكما ، فينبغى أن يرفض العمرة عند أبى حنيفة حينئذ لأنه لم يأخذ حكم الموجود فصار كأنه لم يطف

(قوله وأما إذا كان تطوعا فيعلل بالوجهين الأخيرين) أقول : فيه بحث : فإن مامن جنسه واجب أعلى حالا مما ليس من جنسه واجب (قوله وقوله ولا كذلك إذا طاف للعمرة أقل من ذلك عندهما إلى قوله : وهذا هو أحد الوجهين) أقول : ويجوز أن تكون لا زائدة بقرينة السباق والسياق .

وله أن إحرام العمرة قد تأكد بأداء شيء من أعمالها وإحرام الحج لم يتأكد، ورفض غير المتأكد أيسر، ولأن فى رفض العمرة والحالة هذه إبطال العمل . وفى رفض الحج امتناع عنه وعليه دم بالرفض أيهما رفضه لأنه تحلل قبل أوانه لتعذر المضى فيه فكان فى معنى المحصر إلا أن فى رفض العمرة قضاءها لاغير، وفى رفض الحج قضاؤه وعمرة لأنه فى معنى فائت الحج (وإن مضى عليهما أجزأه) لأنه أدى أفعالهما كما التزمهما، غير أنه منهى عنهما والنهى لايمنع تحقق الفعل على ماعرف من أصلنا (وعليه دم لجمعه بينهما) لأنه تمكن النقصان فى عمله لارتكابه المنهى عنه ، وهذا فى حق المكى دم جبر ، وفى حق الآفاقى دم شكر (ومن أحرم بالحج ثم أحرم يوم النحر بحجة أخرى ،

وجه كان عليه الدم (قوله وله) أورد وجهين : الثانى منهما دافع لما يتوهم مما أورده بعض الطلبة على الأول . وهو أنه لما كان الأكثر كالكل فى اعتبار الشرع لزمه أن الأقل ليس له حكم الوجود فى اعتباره بل حكم العدم ، وهذا لأنه ليس معنى الكل إلا نفس الشىء ، فعدم اعتبار الأقل كالكل هو عدم اعتباره ذلك الشىء موجودا فيكون معتبرا عدما ، فيلزم اعتبار هذا البعض عدما إذ لاعبرة به إلا إذا كان فى ضمن الكل إذ لاتصح العبادة مالم

للعمرة شيئا وهناك يرفض العمرة كما مر، فكذلك فى المعدوم الحكمى ، فقال ليس كذلك، لأنه لما أتى بشىء من أفعال العمرة فقد تأكدت العمرة ولم يتأكد الحج أصلا فكان رفع غير المتأكد أسهل، وهذا هو أحد الوجهين المذكورين فى الكتاب من جانبه ، والوجه الآخر هو ماذكره بقوله (ولأن فى رفض العمرة والحالة هذه) يعنى والحال أنه أتى بشىء من أفعال العمرة (إبطال العمل) أى الطواف الذى أتى به (وفى رفض الحج امتناع عنه) والامتناع أهون من إبطال ما وقع معتدا به . وقوله (وعليه دم بالرفض أيهما رفضه) يعنى الحج عنده والعمرة عندهما (لأنه تحلل قبل أوانه لتعذر المضى فيه) بكون الجمع بينهما غير مشروع (فكان فى معنى المحصر) وعلى المحصر دم للتحلل ويكون الدم دم جبر لادم شكر على ما يأتى . فإن قيل : هلاّ لزمه دمان لحرمة كل واحد من الإحرامين دم ؟ أجيب بأنه غير ممنوع عن أحدهما بالنقصان حيثما تمكن وإنما تمكن فى أحدهما فلذلك لزمه دم واحد (إلا أن فى رفض العمرة قضاءها لاغير وفى رفض الحج قضاؤه وعمرة) أما الحج فلأنه صح شروعه فيه ثم رفضه ، وأما العمرة فلأنه فى معنى فائت الحج وفائت الحج يتحلل بأفعال العمرة بالحديث ، وقد تعذر التحلل بأفعالها ههنا لأنه فى العمرة والجمع بين العمرتين منهى فيجب عليه قضاء الحج والعمرة جميعا (وإن مضى عليهما) يعنى إذا لم يرفض المكى ومن بمعناه العمرة أو الحج ومضى عليهما وأدّاهما (أجزأه لأنه أدى أفعالهما كما التزمهما غير أنه منهى عنهما) أى عن إحرام الحج وإحرام العمرة جميعا . قال صاحب النهاية : وفى نسخة شيخى بخطه منهىّ عنها أى عن العمرة إذ هى المتعينة للرفض إجماعا فيما إذا لم يشتغل بطواف العمرة والكلام فيه لأنها هى الداخلة فى وقت الحج وبسببها وقع العصيان . وقوله (والنهى لايمنع تحقق الفعل على ماعرف من أصلنا) أن النهى يقتضى المشروعية دون النفى فى أصول الفقه قيل ذكر المصنف فى أول المسئلة أن الجمع بينهما فى حق المكى غير مشروع ، ثم ذكر ههنا أنه لايمنع تحقق الفعل ، ومعناه كما قلنا أنه يقتضى المشروعية فكان التناقض فى كلامه . وأجيب بأنه أراد بقوله غير مشروع غير مشروع كاملا كما فى حق الآفاقى وبه يندفع التناقض . وقوله (وعليه دم) واضح . قال (ومن أحرم بالحج ثم أحرم يوم النحر بحجة أخرى) اعلم أن إضافة الإحرام إلى الإحرام أربعة أقسام بالقسمة العقلية : إدخال إحرام الحج على إحرام العمرة ، وإدخال إحرام الحج على إحرام الحج ، وإدخال إحرام العمرة على إحرام العمرة ، وإدخال إحرام العمرة على إحرام الحج . وقدم إدخال إحرام الحج على إحرام العمرة على الأقسام الباقية لكونه أدخل فى كونه

فإن حلق فى الأولى لزمته الأخرى ولا شىء عليه ، وإن لم يحلق فى الأولى لزمته الأخرى وعليه دم قصر أو لم يقصر

تم فصار فعل البعض كعدم فعل شىء . وإذا لم يفعل شيئا ثم أحرم بالحج يرفض العمرة فكذا إذا فعل الأقل .
وجوابه منع كون الأقل إذا لم يعتبر تمام الشىء فإنه يعتبر عدما لجواز أن لا يعتبر عدما ولا كالكل بل يعتبر بمجرد
وجوده عبادة متنهضا سببا للثواب بنفسه إن كان البعض يصلح عبادة بالاستقلال . وبواسطة إتمامه إن لم يصلح مع
إيجاب الإتمام ، وحينئذ هذا البعض إن كان من الأول فلا إشكال . وإن كان من الثانى فقد ثبت بمجرد وجوده
اعتباره وتعليق خطاب الإتمام به وهو قوله تعالى ـ ولا تبطلوا أعمالكم ـ وفى رفض العمرة إبطاله فوجب إتمامه .
ولنذكر تقسيما ضابطا لفروع الباب ثم ننتقل فى كلام المصنف فنقول : الجمع إما بين إحرامى حجتين فصاعدا
كعشرين أو عمرتين كذلك أو حجة وعمرة الأول إما أن يجمع بينهما معا أو على التعاقب أو على التراخى . فإما
بعد الحلق فى الأول أو قبله . وفى هذا إما أن يفوته الحج من عامه أولا . فما إذا أحرم بهما معا أو على التعاقب
لزماه عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله . وعند محمد فى المعية يلزمه إحداهما . وفى التعاقب الأولى فقط ،
وإذا لزماه عندهما ارتفضت إحداهما باتفاقهما ويثبت حكم الرفض . واختلفا فى وقت الرفض ، فعند أبى يوسف

جناية ولهذا لم يسقط عنه الدم . ولما فرغ من ذلك ذكر إدخال إحرام الحج على إحرام الحج مقدما على غيره
لقوة حاله إذا كان أحدهما فرضا ، ثم إدخال إحرام العمرة على إحرام العمرة لاتفاقهما فى الكيفية وكمية الأفعال .
والأصل فى ذلك أن الجمع بين إحرامى الحج أو إحرامى العمرة بدعة . لكن إذا جمع بينهما لزماه عند أبى حنيفة
وأبى يوسف . وعند محمد والشافعى يلزمه أحدهما . ولا كلام ههنا مع الشافعى بناء على أن الإحرام عنده ركن فلا
يمكن الجمع بين الركنين ، وعندنا شرط للأداء . لكن محمدا يقول : وهو وإن كان شرطا للأداء إلا أنه ما شرع
إلا للأداء فلا يتحقق إلا على الوجه الذى يتصور فيه الأداء . وأداء حجتين أو عمرتين معا غير متصور فلا يتصور
الإحرام لهما كالتحريمة فى الصلاة ، وهما يقولان الإحرام بالحج التزام محض فى الذمة بدليل أنه يصح منفصلا
عن الأداء والذمة تسع حججا كثيرة فصار من هذا الوجه كالنذر بخلاف التحريمة للصلاة لأنها لا تصح متفصلة
عن الأداء إلا أنه لابد له من رفض أحدهما إما احترازا عن ارتكاب المنهى عنه ، وإما لأن البقاء للأداء لا للالتزام
والجمع أداء غير متصور . فبعد هذا قال أبو حنيفة : إذا توجه إلى أداء أحدهما صار رافضا للأخرى . وقال
أبو يوسف : كما فرغ من الإحرامين يصير رافضا أحدهما . وفائدة الاختلاف تظهر فيما إذا قتل صيدا قبل أن
يتوجه إلى أحدهما، فإنه على قول أبى حنيفة يلزمه قيمتان ، وعلى قول أبى يوسف يلزمه قيمة واحدة ، وكذلك
إذا أحصر فى هذه الحالة يحتاج إلى هديين للتحلل عند أبى حنيفة خلافا لأبى يوسف . إذا عرفت هذا نعود إلى
تطبيق ما فى الكتاب على هذا الأصل . فإذا أحرم بالحج ثم أحرم يوم النحر بحجة أخرى (فإن حلق فى) الحجة
(الأولى) ثم أحرم يوم النحر بحجة أخرى (لزمته الأخرى) لما ذكرنا أنه التزام محض (ولا شىء عليه) لأن
الأولى قد انتهت نهايتها (وإن لم يحلق فى الأولى) وأحرم بحجة أخرى صار جامعا بين إحرامى الحج . فبعد ذلك
إما أن يحلق للأولى فى هذه السنة أو يؤخر الحلق إلى السنة الثانية . فإن حلق فقد تحلل عن الأولى . ولكن جنى على
الثانية بالحلق ، وإن أخر فقد أخر الحلق فى الأولى عن وقته ، والتأخير عن الوقت مضمون فى قول أبى حنيفة
ولهذا قال فى الكتاب (وعليه دم قصر أو لم يقصر) أى حلق أو لم يحلق ، وإنما عبر عنه بالتقصير لأن وضع المسئلة

(قوله فبعد هذا قال أبو حنيفة رحمه الله : إذا توجه إلى أداء أحدهما صار رافضا للأخرى) أقول : فيه بحث فإنه لا يصير بمجرد التوجيه إلى عرفات .

عند أبي حنيفة) رحمه الله (وقالا : إن لم يقصر فلا شيء عليه) لأن الجمع بين إحرامى الحج أو إحرامى العمرة بدعة ، فإذا حلق فهو وإن كان نسكا فى الإحرام الأول فهو جناية على الثانى لأنه فى غير أوانه فلزمه الدم بالإجماع ، وإن لم يحلق حتى حج فى العام القابل فقد أخر الحلق عن وقته فى الإحرام الأول وذلك يوجب الدم عند أبى حنيفة رحمه الله ، وعندهما لا يلزمه شيء على ماذكرنا ، فلهذا سوّى بين التقصير وعدمه عنده وشرط التقصير عندهما

عقيب صيرورته محرما بلا مهلة . وعند أبى حنيفة : إذا شرع فى الأعمال ، وقيل إذا توجه سائرا ، ونص فى المبسوط على أنه ظاهر الرواية . وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا جنى قبل الشروع فعليه دمان للجناية على إحرامين ودم عند أبى يوسف رحمه الله لارتفاض إحداهما قبلها اهـ .

(ومن الفروع) لو جامع قبل أن يسير أو يشرع على الخلاف لزمه دمان للجماع ودم ثالث للرفض ، فإنه يرفض إحداهما ويمضى فى الأخرى ويقضى التى مضى فيها وحجة وعمرة مكان التى رفضها . ولو قتل صيدا فعليه قيمتان أو أحصر فدمان ، هذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى . وعند أبى يوسف دم سوى دم الرفض . وإذا تراخى فأدخل بعد الحلق فى الأولى لزمته الثانية ، ولا يلزم رفض شيء ولا دم عليه ثم يتم أفعال الأولى ويستمر محرما إلى قابل فيفعل الثانية ، وإن أحرم بها قبل الحلق ولا فوات لزمه ، ثم إن وقف يوم عرفة أو ليلة المزدلفة بالمزدلفة رفضها وعليه دم الرفض وحجة وعمرة مكانها ويمضى فيما هو فيها ، وهذا قولهما . أما عند محمد فإحرامه باطل ، وإنما يرفضها لأنه لو لم يرفضها ووقف لها كان مؤديا حجتين فى سنة واحدة ، وكذا فى ليلة المزدلفة لو لم يرفضها وعاد إلى عرفات فوقف يصير مؤديا لحجتين فى سنة واحدة . وإن كان بعد طلوع فجر النحر لم يرفض شيئا لأن وقت الوقوف قد فات فلا يكون باستدامة الإحرام مؤديا حجتين فى سنة فيتم أعمال الحجة الأولى ويقيم حراما ، ثم إن حلق فى الأولى لزمه دم الجناية على إحرام الثانية اتفاقا ، وإن لم يحلق بل استمر حتى حل من قابل لزمه دم لتأخير الحلق عنده خلافا لهما ، وهل يلزم دم آخر للجمع ؟ قيل فيه روايتان ، وقيل ليس إلا رواية الوجوب وهو الأوجه ، وإن أحرم بالثانية بعد ما فاته الحج وجب رفضها ودم وقضاؤها وقضاء عمرة ، لأن فائت الحج وإن تحلل بأفعال عمرة هو محرم بالحج فيصير جامعا بين إحرام حجتين فيرفض الثانية . وأما الثانى وهو بعمرتين ففى المعية والتعاقب : أعنى بلا فصل عمل ما فى الحجتين والخلاف فيما يلزم ووقت الرفض إذا لزم ، وفيما إذا طاف للأولى شوطا رفض الثانية وعليه دم الرفض والقضاء ، وكذا هذا مالم يفرغ من السعى ، فإن كان فرغ منه إلا الحلق لم يرفض شيئا وعليه دم للجمع ، وهذه تؤيد رواية لزومه فى الجمع بين الحجتين على الوجه الذى ذكرناه ، فإن حلق للأولى لزمه دم واحد للجناية على الثانية ، ولو كان جامع فى الأولى قبل أن يطوف فأفسدها ثم أدخل الثانية يرفضها

فى قوله ومن أحرم بالحج ثم أحرم يتناول الذكر والأنثى ، فذكر أوّلا لفظ الحلق ثم لفظ التقصير لما أن الأفضل فى حق الرجال الحلق ، وفى حق النساء التقصير (وقالا : إن لم يقصر فلا شيء عليه لأن الجمع بين إحرامى الحج أو إحرامى العمرة بدعة) إلى آخر ما ذكر فى الكتاب وهو واضح بعد التأمل فيما سبق ، لكن يرد عليه شيء وهو أن المذكور من مذهب محمد فى هذا الأصل أنه إذا جمع بين إحرامين إنما يلزمه أحدهما وهو المروى عن الإمام

رافضا كما بينه المصنف ، إلا أن يقال : المراد بالتوجه هو الشروع فى الأفعال (قوله فذكر أولا لفظ الحلق ثم لفظ التقصير لما أن الأفضل فى حق للرجل الحلق) أقول : لايفهم من تلك العبارة هذا التفضيل ، والأولى أن يقال : ذكر تارة لفظ الحلق

. . . .

ويمضي في الأولى حتى يتمها لأن الفاسد معتبر بالصحيح في وجوب الإتمام ، ولو كانت الأولى صحيحة كان عليه أن يمضي فيها ويرفض الثانية فكذا بعد فسادها . وإن نوى رفض الأولى والعمل في الثانية لم يكن عليه إلا الأولى ، ومن أحرم ولا ينوى شيئا فطاف ثلاثة أو أقل ثم أحرم بعمرة رفضها لأن الأولى تعينت عمرة حيث أخذ في الطواف لما أسلفناه ، فحين أهلّ بعمرة أخرى صار جامعا بين عمرتين فلهذا يرفض الثانية . وأما الثالث وهو بحجة وعمرة ، فإما أن يجمع بينهما المكي ومن بمعناه كأهل المواقيت ومن دونهم أو الآفاقي . فإن كان الأوّلين ففي الكافي للحاكم أنه لايقرن بينهما ولا يضيف العمرة إلى الحج ولا الحج إلى العمرة . فإن قرن بينهما رفض العمرة ومضى في الحج ، وكذا أهل المواقيت ومن دونهم إلى مكة ، قال : وكذلك إن أحرم المكي أوّلا بالعمرة من وقتها ثم أحرم بالحج رفض عمرته . فإن مضى عليهما حتى يقضيهما أجزأه وعليه لجمعه بينهما دم ، فإن طاف للعمرة شوط أو ثلاثة ثم أحرم بالحج رفض الحج في قول أبي حنيفة ، وقالا : يرفض العمرة وإن كان طاف أربعة أشواط ثم أهلّ بالحج قال : هذا يفرغ مما بقي من عمرته ويفرغ من حجته (١) وعليه دم لأنه أهلّ بالحج قبل أن يحل عن العمرة وهو مكي ولا ينبغي لأهل مكة أن يجمعوا بينهما ، ولو كان كوفيا لم يكن عليه هذا الدم اهـ . ولفظه أظهر في عدم رفض الحج منه في الرفض ، وصرح بذلك صاحب المبسوط شمس الأئمة فقال : لايرفض واحدا منهما لأن للأكثر حكم الكل ، فكأنه أحرم به بعد التحلل من العمرة ، واختار صاحب الهداية وقوم أنه يرفض الحج إن تعذر رفض العمرة . ولو كان المكي أهل أولا بالحج فطاف شوطا ثم أهلّ بالعمرة رفض العمرة ، وإن لم يرفضها وطاف لها وسعى وفرغ منها أجزأه وعليه دم لأنه أهل بها قبل أن يفرغ من حجته . وفي الكافي : إذا خرج المكي إلى الكوفة لحاجة فاعتمر فيها وحج من عامه لم يكن متمتعا . وإن قرن من الكوفة كان قارنا ؛ ألا ترى أن كوفيا لو قرن وطاف لعمرته في أشهر الحج ثم رجع إلى أهله ثم وافى الحج فحج كان قارنا ولم يبطل عنه دم القران لرجوعه إلى أهله كما يبطل عنه دم المتعة اهـ . وحاصله أن عدم الإلمام بالأهل شرط التمتع المشروع دون القران على ما أسلفنا نقله وقررناه بالبحث في باب التمتع من أن النظر يقتضي اشتراط عدم الإلمام للقران كالمتعة . وإن كان الثاني وهو الآفاقي ، فإن جمع بينهما أو أدخل إحرام الحج على إحرام العمرة قبل أن يطوف لها أربعة أشواط ، أو إن لم يطف شيئا فهو قارن وعليه دم شكر . وهل يشترط في كون الجامع على أحد هذه الوجوه قارنا أن يؤدي طواف عمرته أو أكثره في أشهر الحج ؟ تقدم مانقلناه من عدم اشتراط ذلك وتقدم معه ما أوردناه عليه. وإن أدخل فيه بعد أربعة ، فإن كان فعلها في أشهر الحج من غير إلمام صحيح على ماتقدم في باب التمتع فهو متمتع إن حج من عامه ، وإلا فهو مفرد بهما . وإن أدخل إحرام العمرة على إحرام الحج ، فإن كان قبل أن يطوف شيئا من طواف القدوم فهو قارن مسيء وعليه دم شكر ، وإن كان بعد ماشرع فيه ولو قليلا فهو أكثر إساءة وعليه دم ، اختلف فيه ، فعند صاحب الهداية وفخر الإسلام أنه دم جبر فلا يأكل منه ، وعند شمس الأئمة دم

التمرتاشي والفوائد الظهيرية ، وحينئذ ينبغي أن لايلزمه دم ، وإن قصر لعدم لزوم الآخر ، فإما أن يكون سهوا في نقل مذهب محمد ومذهبه كمذهبهما ، وإنما أن يكون عنه في ذلك روايتان

وتارة لفظ التقصير إيذانا بجواز كل منهما (قوله فإما أن يكون سهوا في نقل مذهب محمد رحمه الله) أقول : بأنه إذا جمع بينهما يلزمه أحدهما .

---

(١) (قوله ويفرغ من حجته) في بعض النسخ : ويرفض حجته ، وتأمل وحرر ، كتبه مصححه .

(ومن فرغ من عمرته إلا التقصير فأحرم بأخرى فعليه دم لإحرامه قبل الوقت) لأنه جمع بين إحرامى العمرة وهذا مكروه فيلزمه الدم وهو دم جبر وكفارة (ومن أهلّ بالحج ثم أحرم بعمرة لزماه) لأن الجمع بينهما مشروع فى حق الآفاقى والمسئلة فيه فيصير بذلك قارنا لكنه أخطأ السنة فيصير مسيئا (ولو وقف بعرفات ولم يأت بأفعال العمرة فهو رافض لعمرته) لأنه تعذر عليه أداؤها إذ هى مبنية على الحج غير مشروعة (فإن توجه إليها لم يكن رافضا حتى

شكر ، وقولهم رفض العمرة فى هذه الصورة مستحب يؤنس به فى أنه دم شكر ، وكذا إن أهلّ بالعمرة بعرفة ، وإن أهلّ بها يوم النحر وجب رفضها إن كان قبل الحلق اتفاقا والدم والقضاء ، وإن كان بعده اختلف فيه ، والأصح وجوب الرفض ، ولو لم يرفض فى الصورتين أجزأه ويجب عليه دم للمضى ، وكذا إذا أحرم بها بعد ما فاته الحج قبل أن يتحلل بأفعال العمرة يجب رفض العمرة ، وكل شىء رفضه يجب لرفضه دم وقضاؤه ، فإن كان عمرة لم يلزمه فى قضائها سوى عمرة ، وإن كان حجة لزمه حج وعمرة ، أما الحجة فللقضاء ، وأما العمرة فلأنه فى معنى فائت الحج وهو يتحلل بها ثم يقضى الحج شرعا ، ولذا قلنا : لو أحرم بالحجة فى سنته لا عمرة عليه ، والله سبحانه وتعالى أعلم . ولنرجع لنحلّ كلام المصنف رحمه الله (قوله فعليه دم لإحرامه قبل الوقت) لأن وقته بعد الحلق ، ولم يذكر محمد دما فى الجمع بين الحجتين فى الجامع الصغير ، وذكره فى الجمع بين العمرتين ، وأوجبه فى المناسك من المبسوط فجعل بعض المشايخ فيه روايتين ، وذكر بعضهم أنه لا فرق ، وسكوته فى الجامع ليس نفيا بعد وجود الموجب لأن الموجب له فى العمرتين وهو عدم المشروعية ثابت فى الحجتين ، وما ذكر فى الفرق

(ومن فرغ من عمرته إلا التقصير فأحرم بعمرة أخرى فعليه دم) يعنى بالاتفاق (لإحرامه قبل الوقت) لأن وقته بعد الحلق الأول ولم يوجد (لأنه جمع بين إحرامى العمرة وهذا مكروه فيلزمه الدم وهو دم جبر وكفارة) لا يحل التناول منه ، وهذه المسئلة من خواص الجامع الصغير بين فيها لزوم دم الجمع فى العمرة من غير اختلاف الروايتين ، وسكت محمد بيان وجوبه للجمع بين إحرامى الحج فى الجامع الصغير وأوجبه فى مناسك المبسوط . وقال بعض مشايخنا : فى ذلك روايتان . وأما وجوبه فى الجمع بين إحرامى العمرة فذلك رواية واحدة ، وهذه المسئلة أيضا تدل على أن مذهب محمد فى لزوم الإحرامين كمذهبهما ، وإلا لما لزم عنده شىء لأن الجمع غير متحقق لعدم لزوم أحدهما ، إلا إذا أراد بالجمع إدخال الإحرام على الإحرام وإن لم يلزم إلا أحدهما فيستقيم . وقوله (ومن أهلّ بالحج) أى رفع صوته بالتلبية (ثم أحرم بعمرة لزماه لأن الجمع بينهما مشروع فى حق الآفاقى والمسئلة فيه فيصير بذلك قارنا) لأنه قرن بين النسكين (لكنه أخطأ السنة فيصير مسيئا) لأن السنة إدخال الحج على العمرة لا إدخال العمرة على الحج . قال الله تعالى ـ فمن تمتع بالعمرة إلى الحج ـ جعل الحج آخر الغايتين ، لكن لما لم يؤد الحج صح لأن الترتيب وجد فى الأفعال ، وإن فات فى الإحرام فعليه تقديم أفعال العمرة على أفعال الحج ، حتى (لو وقف بعرفات ولم يأت بأفعال العمرة كان رافضا لعمرته لأنه تعذر عليه أداؤها إذ هى مبنية على الحج غير مشروعة) بل المشروع هو أن تكون أفعال الحج مبنية على أفعال العمرة . وقوله مبنية نصب على الحال . قال فى النهاية : والعامل فيها معنى الإشارة فى هى فلذا كانت مقيدة بقيد سيجىء وفيه نظر (فإن توجه إليها لم يكن رافضا) حتى لو بدا له فرجع من الطريق

(قوله لأن السنة إدخال الحج على العمرة لا إدخال العمرة على الحج ، إلى قوله : لأن الترتيب وجد فى الأفعال) أقول : فيه بحث ، فإنه استدل بالآية على كونه سنة . والسنة ما استند إلى النبى صلى الله عليه وسلم لا إلى نظم القرآن فتأمل . وقوله جعل الحج آخر الغايتين : يعنى المبدأ والمنتهى . وقوله وجد فى الأفعال . الأولى أن يقال : يوجد فى الأفعال (قوله والعامل فيها معنى الإشارة فى هى ، إلى قوله : وفيه نظر)

يقف) وقد ذكرناه من قبل (فإن طاف للحج ثم أحرم بعمرة فمضى عليهما لزماه وعليه دم لجمعه بينهما)لأن الجمع بينهما مشروع على مامر فيصح الإحرام بهما ، والمراد بهذا الطواف طواف التحية وأنه سنة وليس بركن حتى لايلزمه بتركه شيء ، وإذا لم يأت بما هو ركن يمكنه أن يأتي بأفعال العمرة ثم بأفعال الحج ، فلهذا لو مضى عليهما جاز وعليه دم لجمعه بينهما وهو دم كفارة وجبر هو الصحيح لأنه بان أفعال العمرة على أفعال الحج من وجه (ويستحب أن يرفض عمرته) لأن إحرام الحج قد تأكد بشيء من أعماله ، بخلاف ما إذا لم يطف للحج ، وإذا رفض عمرته يقضيها لصحة الشروع فيها (وعليه دم) لرفضها (ومن أهلّ بعمرة في يوم النحر أو في أيام التشريق لزمته) لما قلنا (ويرفضها) أي يلزمه الرفض لأنه قد أدى ركن الحج فيصير بانيا أفعال العمرة على

من أنه في الحجتين لايصير جامعا فعلا لأنه لايؤدي أفعال الأخرى إلا في سنة أخرى . بخلاف العمرة فإنه يؤدي الثانية في هذه السنة فيصير جامعا فعلا لايتم لأن كونه بحيث يتمكن من أداء العمرة الثانية لايوجب الجمع فعلا فاستويا ، فالأوجه أنه ليس فيه إلا رواية الوجوب (قوله وقد ذكرناه) يعني في باب القران (قوله والمراد بهذا الطواف) يعني في قوله فإن طاف للحج (قوله وهو دم كفارة وجبر هو الصحيح) فلا فرق في وجوب الدم بين الصورة الأولى والثانية . غير أن الدم في الأولى دم القران للشكر اتفاقا وفي الثانية مختلف فيه . ومختار المصنف وفخر الإسلام أنه دم جبر لأنه بان أفعال العمرة على أفعال الحج من وجه لتقديم طواف القدوم . واختار شمس الأئمة السرخسي أنه شكر وإن كان هو أكثر إساءة من الأول ، فإن هذا الطواف لما لم يكن ركنا ولا واجبا أمكنه بناء أفعال العمرة فيصير بانيا أفعال العمرة على أفعال الحج فلا موجب للدم جبرا ، ولا نسلم بناءه من وجه بسبب تقديم بعض السنن ، ولو سلم منعنا كون هذا القدر من الوجه الاعتباري يوجب الجناية الموجبة للدم . ولو قال قائل : إن طواف القدوم ليس من أفعال الحج أصلا ولا من سنن نفس عبادة الحج بل هو سنة لقدوم المسجد الحرام كركعتي التحية لغيره من المساجد ولذا سقط بطواف آخر من مشروعات الوقت ، حتى لو لم يدخل المحرم بالحج مكة إلا يوم النحر بعد الوقوف سقط استنانه بفعل طواف الإفاضة وكذا المعتمر لايسن في حقه لإغناء

إلى مكة فطاف لعمرته وسعى ثم وقف بعرفات كان قارنا (وقد ذكرناه من قبل) يعني في آخر باب القران حيث قال ولا يصير رافضا بمجرد التوجه هو الصحيح من مذهب أبي حنيفة الخ (فإن طاف للحج) يعني طواف التحية (ثم أحرم بعمرة فمضى عليهما) وتفسير المضي أن يقدّم أفعال العمرة على أفعال الحج كما هو المسنون في القران (لزماه وعليه دم لجمعه بينهما لأن الجمع بينهما مشروع على مامر) يعني قوله لأن الجمع بينهما مشروع في حق الآفاقي (فصح الإحرام بهما) وكلامه ظاهر . وقوله (هو الصحيح) احتراز عما اختاره شمس الأئمة وقاضيخان والإمام المحبوبي أن ذلك دم القران فيكون دم شكر . وذكر الإمام فخر الإسلام مثل ماذكر في الكتاب لأنه أخطأ السنة في بناء أفعال العمرة على أفعال الحج من وجه فكان كقران المكي . وقوله (ويستحب) ظاهر . وقوله (ومن أهلّ بعمرة في يوم النحر) يعني قبل الحلق أو قبل طواف الزيارة لأن حكم من أهلّ بها بعد ما حل من الحجة بالحلق يأتي ذكره كذا في النهاية ، والظاهر الإطلاق على ماذكره . وقوله (لزمته لما قلنا) يريد قوله لأن الجمع بينهما مشروع في حق الآفاقي . وقوله (ويرفضها) قالوا معناه : يلزمه الرفض لأنه قد أدى ركن الحج ، وهو الوقوف فيصير بانيا

أقول : فإن هي ليست من أسماء الإشارة بل العامل فيها هو انتساب الخبر إلى المبتدإ كما صرحوا به (قوله والظاهر الإطلاق على ماذكره) أقول : يرشدك

أفعال الحج من كل وجه ، وقد كرهت العمرة فى هذه الأيام أيضا على مانذكر فلهذا يلزمه رفضها ، فإن رفضها فعليه دم لرفضها (وعمرة مكانها) لما بينا (فإن مضى عليها أجزأه) لأن الكراهة لمعنى فى غيرها وهو كونه مشغولا فى هذه الأيام بأداء بقية أعمال الحج فيجب تخليص الوقت له تعظيما (وعليه دم لجمعه بينهما) إما فى الإحرام أو فى الأعمال الباقية ، قالوا : وهذا دم كفارة أيضا . وقيل إذا حلق للحج ثم أحرم لايرفضها على ظاهر ماذكر فى الأصل ، وقيل يرفضها احترازا عن النهى .

طواف العمرة عنه ، كما تسقط الركعتان بإقامة الفريضة عند الدخول لحصول التحية تعظيما فى ضمن الفرض ، ولو كان معتبرا سنة نفس العبادة تابعا لها لم يسقط بحال كما لم تسقط سنة الظهر بفعل الفرض فكان أظهر فى الدفع لأنه حينئذ لايكون تقدمه موجبا بناء العمرة من ذلك الوجه أيضا ، وهذا الوجه الذى ذكرناه هو من كلامهم فى توجيه سقوطه إذا لم يدخل المحرم مكة وتوجه إلى عرفات ، ويستلزم أن طواف القدوم لايسن للقارن لأنه يبدأ بطواف العمرة إذا دخل فيحصل المقصود فى ضمنه . فإن قيل : قد ذكرت فيما تقدم من الآثار ما يدل على أنه يطوف طوافين فلا تعارض بما ذكرت من المعنى . قلنا فيلزم بطلان سقوطه فيما إذا لم يدخل مكة إلا بعد الوقوف يوم النحر ، فالحاصل أن أحد الأمرين لازم . والحق أن دلالة الآثار على استنان طوافين للقارن لايلزمه كون أحدهما

أفعال العمرة على أفعال الحج من كل وجه . وقوله (وقد كرهت العمرة) وجه آخر فى لزوم الرفض (على مانذكر) إشارة إلى ما يذكر فى باب الفوات بقوله العمرة لاتفوت وهى جائزة فى جميع السنة إلا خمسة أيام يكره فعلها فيها . وقوله (وعمرة مكانها) أى قضاء للمرفوضة . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأن الجمع بينهما مشروع . فإن قيل : ما الفرق بين هذه المسئلة وبين الشروع فى الصوم فى يوم النحر حيث لايلزمه القضاء إذا أفسده وهنا يلزم ؟ أجيب بأن مجرد الشروع فى الصوم فيه تحصل به المعصية وهى ترك إجابة ضيافة الله تعالى فيؤمر بالإفطار ولا يلزمه القضاء ، وأما بمجرد الإحرام للعمرة فى هذه الأيام فلا تحصل لأن المعصية أداء أفعالها فى هذه الأيام فيلزمه القضاء لصحة الشروع (وإن مضى عليها) أى على العمرة التى أحرم لها يوم النحر وفى بعض النسخ عليهما : أى على الحج والعمرة (أجزأه) ودليله ظاهر . وقوله (وعليه دم لجمعه بينهما ، إما فى الإحرام) يعنى إن كان إحرام العمرة قبل التحلل بالحلق (أو فى الأعمال الباقية) يعنى إذا كان بعد الحلق ، وهذا يرشدك إلى أن كلام المصنف على إطلاقه ليس بمقيد بما قبل الحلق كما قال صاحب النهاية ، لأنه إذا كان قبل الحلق ففيه الجمع بين الإحرامين فلا حاجة إلى قوله أو فى الأعمال لاسيما وقد ذكر بكلمة أو ، وكذا قوله وقيل إذا حلق يدل على ذلك لأن معناه يلزمه الرفض مطلقا (وقيل إذا حلق للحج ثم أحرم لايرفضها على ظاهر ماذكر فى الأصل) قال الإمام فخر الإسلام : لم يذكر محمد الرفض فى الجامع الصغير ، وجوابه فى الأصل مشتبه ظاهر ذلك أنه لايرفضها (وقيل يرفضها احترازا عن النهى)

إليه قول المصنف إما فى الإحرام أو فى الأعمال الباقية (قوله لما بينا إشارة إلى قوله : لأن الجمع بينهما مشروع) أقول : والظاهر أنه إشارة إلى قوله لصحة الشروع فيها (قوله أجيب بأن مجرد الشروع فى الصوم الخ) أقول : وإن أردت زيادة التفصيل فراجع قبيل باب الاعتكاف من الهداية وشروحه (قال المصنف : لأن الكراهة لمعنى فى غيرها) أقول : لم يبين وجه الخلاص عن بناء أفعال العمرة على أفعال الحج (قوله فلا حاجة ، إلى قوله : أو فى الأعمال لاسيما وقد ذكر بكلمة أو) أقول : يجوز أن يذكره لتأكيد معنى الجمع فحينئذ لايكون قول الشارح لاسيما فى محله (قوله لأن معناه يلزمه الرفض مطلقا) أقول : وفيه أنه لو كان المعنى ذلك لكان قوله وقيل يرفضها تكرارا ، فلا دلالة لقوله وقيل إذا حلق على ما ذكره ، بل دلالته على التقييد ظاهرة .

قال الفقيه أبو جعفر : ومشايخنا رحمهم الله تعالى على هذا (فإن فاته الحج ثم أحرم بعمرة أو بحجة فإنه يرفضها) لأن فائت الحج يتحلل بأفعال العمرة من غير أن ينقلب إحرامه إحرام العمرة على ما يأتيك فى باب الفوات إن شاء الله تعالى فيصير جامعا بين العمرتين من حيث الأفعال فعليه أن يرفضها كما لو أحرم بعمرتين ، وإن أحرم بحجة يصير جامعا بين الحجتين إحراما فعليه أن يرفضها كما لو أحرم بحجتين وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها ودم لرفضها بالتحلل قبل أوانه ، والله أعلم .

للقدوم ، فادعاء أنه طواف القدوم ادعاء أمر زائد على مقتضى الدليل ، واعتقادى أن استنانه لإيقاع سعى الحج ، فإن السعى لم يشرع إلا مرتبا على طواف ، ومعلوم أنه رخص فى تقديم السعى على يوم النحر فكان الثابت فى الآثار بيان طريق تقديم سعى الحج للقارن . وعن هذا قلنا فى المتمتع إذا أحرم بالحج بعد الفراغ من العمرة له أن يطوف طوافا يتنفل به ثم يسعى بعده للحج وليس هو طواف القدوم . نعم يقتضى أن القارن لو لم يرد تقديم السعى لايسن فى حقه طواف آخر ولا يلزم من التزامه محال ، وغاية ما يلزم إذا دل دليل على استنان طوافين مطلقا : أعنى غير مقيد بقصد تقديم السعى كون تقديم السعى سنة للقارن ولا ضرر فى التزامه (قوله قال الفقيه أبو جعفر : ومشايخنا على هذا) أى على وجوب الرفض وإن كان بعد الحلق ، وصححه بعض المتأخرين لأنه بقى عليه واجبات من الحج كالرمى وطواف الصدر وسنة المبيت ، وقد كرهت العمرة فى هذه الأيام أيضا فيصير بانيا أفعال العمرة على أفعال الحج بلا ريب .

يعنى النهى عن العمرة فى هذه الأيام كما ذكرنا (قال الفقيه أبو جعفر ومشايخنا رحمهم الله : على هذا) القول وهو رفض العمرة . ومعنى ماذكرنا فى الأصل أنه لايرفضها : أى لاترتفض من غير رفض . وقوله (فإن فاته الحج) يعنى فائت الحج وهو من فاته الوقوف بعرفة إذا أحرم بحجة أو عمرة فإنه يرفض التى أحرم بها . أما إذا كانت عمرة فلأن فائت الحج يتحلل بأفعال العمرة من غير أن ينقلب إحرامه إحرام العمرة عند أبى حنيفة ومحمد خلافا لأبى يوسف رحمه الله . وفائدته تظهر فى حق لزوم الرفض إذا أحرم بحجة أخرى ، فعندهما يرفضها كى لايصير جامعا بين إحرامى الحج ، وعند أبى يوسف لايرفضها بل يمضى فيها . وقوله (على مايأتيك) أراد به قوله لأن فائت الحج يتحلل بأفعال العمرة لاقوله من غير أن ينقلب إحرامه إحرام العمرة لأن هذا غير مذكور هناك . وقوله (فيصير جامعا) أى فائت الحج الذى أحرم بعمرة يصير جامعا (بين العمرتين) أفعالا فيجب أن يرفض العمرة التى أحرم بها كما لو أحرم بعمرتين . وأما إذا كانت حجة فإنه يصير جامعا بين الحجتين إحراما فعليه أن يرفضها كما لو أحرم بحجتين وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها ودم لرفضها بالتحلل قبل أوانه ، والله أعلم .

(باب الإحصار)

(وإذا أحصر المحرم بعدوّ أو أصابه مرض فمنعه من المضى جاز له التحلل) وقال الشافعى رحمه الله : لايكون الإحصار إلا بالعدوّ لأن التحلل بالهدى شرع فى حق المحصر لتحصيل النجاة وبالإحلال ينجو من العدوّ لامن المرض . ولنا أن آية الإحصار وردت فى الإحصار بالمرض بإجماع أهل اللغة فإنهم قالوا : الإحصار بالمرض والحصر بالعدوّ

(باب الإحصار)

هو من العوارض النادرة وكذا الفوات فأخرهما . ثم إن الإحصار وقع له عليه الصلاة والسلام فقدم بيانه على الفوات . والإحصار يتحقق عندنا بالعدوّ وغيره كالمرض وهلاك النفقة وموت محرم المرأة أو زوجها فى الطريق . وفى التجنيس فى سرقة النفقة إن قدر على المشى فليس بمحصر وإلا فمحصر لأنه عاجز . ولو أحرمت ولا زوج لها ولا محرم فهى محصرة لاتحل إلا بالدم لأنها منعت شرعا آكد من المنع بسبب العدو . وقال الشافعى رحمه الله : لا إحصار إلا بالعدو (قوله لأن التحلل شرع فى حق المحصر لتحصيل النجاة) من السبب المانع (وبالإحلال ينجو من العدوّ لاالمرض) ولا يخفى أنه يرد على هذا ببادئ النظر أن يقال إن قلت إنه لم يشرع إلا للنجاة من السبب منعنا الحصر ، وإن أردت أنه من أسباب شرعيته لم يفد نفى شرعيته فى محل النزاع ، فلذا جعل بعضهم هذا الوجه مبنيا على الاستدلال بالآية ، هكذا الآية وردت لبيان حكم إحصاره صلى الله عليه وسلم وأصحابه وكان بالعدوّ ، وقال فى سياق الآية ـ فإذا أمنتم ـ إلى آخرها ، فعلم أن شرعية الإحلال فى العدو كان لتحصيل الأمن منه ، وبالإحلال لاينجو من المرض ولا يكون الإحصار بالمرض فى معناه ، فلا يكون النص الوارد فى العدوّ واردا فى المرض فلا يلحق به دلالة ولا قياسا لأن شرعية التحلل قبل أداء الأفعال بعد الشروع فى الإحرام على خلاف القياس فلا يقاس عليه (قوله فإنهم قالوا : الإحصار بالمرض والحصر بالعدو) أفاد هذا أن مراده بقوله

(باب الإحصار)

لما كان من الإحصار ما هو جناية على المحرم أعقبه باب الجنايات بباب على حدة ، تقول العرب : أحصر إذا منعه خوف أو عدو أو مرض من الوصول إلى إتمام حجته أو عمرته ، وإذا حبسه سلطان أو قاهر مانع يقولون حصر ، فالمحصر محرم ممنوع عن المضى إلى إتمام أفعال ما أحرم لأجله (فإذا أحصر بعدوّ أو مرض فمنع من المضى جاز له التحلل) والشافعى رحمه الله حصر الإحصار فى العدوّ وقال : المريض ليس له أن يتحلل إلا أن يكون شرط ذلك عند إحرامه ، ولكنه يصبر إلى أن يبرأ (لأن التحلل بالهدى شرع فى حق المحصر لتحصيل النجاة) بالإحلال والنجاة بالإحلال لاتكون إلا من العدوّ ولأن ما به من المرض لا يزول بالتحلل ، بخلاف المحصر بالعدوّ فإن ما ابتلى به يزول بالتحلل لأنه يرجع إلى أهله فيندفع عنه شر عدوّه (ولنا أن آية الإحصار وردت فى الإحصار بالمرض بإجماع أهل اللغة ، فإنهم قالوا : الإحصار بالمرض والحصر بالعدوّ) وإذا وردت فيه كانت

(باب الإحصار)

والتحلل قبل أوانه لدفع الحرج الآتى من قبل امتداد الإحرام ، والحرج فى الاصطبار عليه مع المرض أعظم .

وردت فى الإحصار بالمرض بإجماع أهل اللغة أن إجماعهم على أن مدلول لفظ الإحصار المنع الكائن بالمرض والآية وردت بذلك اللفظ فيلزم إجماعهم على أن معناها ذلك إلا بناف . وهذا لأن ذلك نقل عن الفراء والكسائى والأخفش وأبى عبيدة وابن السكيت والقتبى وغيرهم . وقال أبوجعفر النحاس : على ذلك جميع أهل اللغة . ثم المقابلة فى نقله قولهم الإحصار بالمرض والحصر بالعدوّ ظاهر فى أن الإحصار خاص بالمرض والحصر خاص بالعدوّ . ويحتمل أن يراد كون المنع بالمرض من ما صدقات الإحصار . فإن أراد الأول ورد عليه كون الآية لبيان حكم الحادثة التى وقعت للرسول صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضى الله عنهم . واحتاج إلى جواب صاحب الأسرار . وحاصله كون النص الوارد لبيان حكم حادثة قد ينتظمها لفظا وقد ينتظم غيرها مما يعرف به حكمها دلالة . وهذه الآية كذلك إذ يعلم منها حكم منع العدوّ بطريق أولى لأن منع العدوّ حسى لايتمكن معه من المضى . بخلافه فى المرض إذ يتمكن منه بالمحمل والمركب والخدم ، فإذا جاز التحلل مع هذا فمع ذلك أولى إلا أنه مناف لما ذكره المصنف من الوجه المعقول وهوقوله ولأن التحلل إنما شرع لدفع الحرج الآتى من قبل امتداد الإحرام . والصبر عليه مع المرض أعظم ، فإنه يفيد أن حكم التحلل مع المرض أولى منه مع العدوّ فلا يكون النص عليه مع المرض يفيده مع العدوّ بطريق الدلالة ، ولا تندفع المنافاة بقولنا إن هذا مذكور بطريق التنزل فى معنى الآية : أى لو سلمنا أنها فى الإحصار بالعدوّ فيثبت فى المرض بطريق أولى لأن المذكور على تقدير التسليم مدعى حقيقته ، وعلى تقديره يلزم ماذكرنا . والأولى إرادة الأول وهو محمل قول أهل اللغة الإحصار بالمرض لقوله تعالى ـ للفقراء الذين أحصروا فى سبيل الله ـ والمراد منعهم الاشتغال بالجهاد وهو أمر راجع إلى العدو ، أو المراد أهل الصفة منعهم تعلم القرآن أوشدة الحاجة والجهد عن الضرب فى الأرض للتكسب . وقال ابن ميادة :

وما هجر ليلى أن تكون تباعدت عليك ولا أن أحصرتك شغول

وليس هو بالمرض . وفى الكشاف يقال : أحصر فلان إذا منعه أمر من خوف أو مرض أو عجز ، وحصر إذا حبسه عدوّ عن المضى أو سجن ، ومنه قيل للمحبس الحصير وللملك الحصير ، هذا هو الأكثر فى كلامهم اهـ . وفى نهاية ابن الأثير يقال : أحصره المرض أو السلطان إذا منعه من مقصده فهو محصر . وحصره إذا حبسه فهو محصور ، والمعارضة مع ذلك بين جواب الشيخين قائمة . والأقرب حينئذ كلام المصنف لأن الظاهر كون الآية تنتظم الحادثة لفظا ولو بعمومها ، وعلى التقدير انتفى نفى الشافعى إلحاق المرض بالعدوّ وقصر إفادة الآية على شرعيته

دلالته على الإحصار بالمرض أقوى ، وفيه بحث من وجهين : الأول كان من حق الكلام أن يقول بإجماع أهل التفسير لأن أهل اللغة لاتعلق لهم بورود الآية وسبب نزولها . والثانى أنها نزلت فى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضى الله عنهم وكان الإحصار بالعدوّ . والجواب عن الأول أن معناه بدلالة إجماع أهل اللغة أجمعوا على معنى دل ذلك المعنى أن تكون الآية واردة فى الإحصار بمرض . وعن الثانى بما قيل النصوص الواردة مطلقة يعمل بها على إطلاقها من غير حمل على الأسباب الواردة هى لأجلها . وقوله (والتحلل قبل أوانه) استدلال بمعقول فيه شائبة التنزل كأنه قال : سلمنا أن آية الإحصار وردت فى الحصر بالعدو ، ولا فرق بين الإحصار والحصر ، لكن المرض ملحق به بالدلالة لأن التحلل قبل أوانه (لدفع الحرج الآتى من قبل امتداد الإحرام والحرج فى الاصطبار على الإحرام مع المرض أعظم) لامحالة لكثرة احتياجه مداواة ومداراة إلى ماهو جناية على

وإذا جاز له التحلل (يقال له ابعث شاة تذبح فى الحرم وواعد من تبعثه بيوم بعينه يذبح فيه ثم تحلل) وإنما يبعث إلى الحرم لأن دم الإحصار قربة ، والإراقة لم تعرف قربة إلا فى زمان أو مكان على مامرّ فلا يقع قربة دونه

للنجاة من العدوّ ثم وجدناه . واقعا فى الحديث . روى الحجاج بن عمرو الأنصارى أنه صلى الله عليه وسلم قال « من كسر أو عرج فعليه الحج من قابل » فذكر ذلك لابن عباس وأبى هريرة فقالا : صدق ، رواه الخمسة . قال الترمذى : حديث حسن . وفى شرح الآثار : حدثنا فهد حدثنا علىّ بن معبد بن شداد العبدى صاحب محمد ابن الحسن قال : حدثنا جرير بن عبد الحميد عن منصور عن إبراهيم عن علقمة قال : لدغ صاحب لنا وهو محرم بعمرة فذكرناه لابن مسعود فقال : يبعث بهدى ويواعد أصحابه موعدا ، فإذا نحر عنه حل . وبه إلى جرير عن الأعمش عن عمارة بن عمير عن عبد الرحمن بن يزيد قال : قال عبد الله : ثم عليه عمرة بعد ذلك . وهذان يفيد أن شرعيته لدفع أذى امتداد الإحرام مع الحابس عن الأعمال . وقد يقال : حديث « من كسر » غير مصرح بجواز الإحلال فيجوز كون المراد أنه إذا حبس بذلك حتى فاته الحج فعليه الحج من قابل ، فإذا قامت الدلالة على أن شرعيته للحابس مطلقا استفيد جوازه لمن سرقت نفقته ولا يقدر على المشى لا إن قدر كذا عن أبى يوسف . ولا يبعد أن لا يجب المشى فى الابتداء ويلزم بعد الشروع ، كالفقير إذا شرع فى الحج والمرأة إذا مات محرمها فى الطريق أو زوجها فى غير محل إقامة ولا قريب منه وبينها وبين مكة أكثر من ثلاثة أيام على مايعرف فى باب العدّة إن شاء الله تعالى . وأما الذى ضل الطريق فهو محصر إلا أنه يزول إحصاره بوجود من يبعث معه هدى التحلل فإنه به يذهب المانع إذ يمكنه الذهاب معه إلى مكة ، فهو كالمحصر الذى لايقدر على الهدى فيبقى محرما إلى أن يحج إن زال الإحصار قبل فوات الحج أو يتحلل بالطواف والسعى إذا استمر الإحصار حتى فاته الحج . هذا إذا ضل فى الحلّ ، أما إن ضل فى أرض الحرم فعلى قول من أثبت الإحصار فى الحرم إذا لم يجد أحدا من الناس له أن يذبح إن كان معه الهدى ويحل ، كذا ذكر . والذى يظهر من تعليل منع الإحصار فى الحرم تخصيصه بالعدوّ أما إن أحصر فيه بغيره فالظاهر تحققه على قول الكل ، والله أعلم وأحكم (قوله وواعد) الاحتياج إلى المواعدة على قول أبى حنيفة لأنه يجوّز ذبح هدى الإحصار قبل يوم النحر ، أما على قولهما فلا حاجة لأنهما عينا يوم النحر وقتا له ، وقوله ثم تحلل يفيد أنه لايتحلل قبله حتى لو ظن المحصر أن الهدى قد ذبح فى يوم المواعدة ففعل من محظورات الإحرام ثم ظهر عدم الذبح إذ ذاك كان عليه موجب الجناية ، وكذا لو ذبح فى الحل على ظن أنه

الإحرام . وقوله (وإذا جاز التحلل) يعنى إذا ثبت بما ذكرنا من الدليل جواز التحلل للمحصر (يقال له ابعث شاة تذبح فى الحرم وواعد من تبعثه بيوم بعينه يذبح فيه ثم تحلل) وهذا على قول أبى حنيفة رحمه الله لأن دم الإحصار عنده غير موقت فيحتاج إلى المواعدة ليعرف وقت الإحلال ، وأما عندهما فدم الإحصار فى الحج موقت بيوم النحر فلا حاجة إلى المواعدة فيه ، وإنما يحتاج إليها فى العمرة ، فإذا بعث فهو بالخيار إن شاء أقام بمكانه وإن شاء رجع لأنه لما صار ممنوعا من الذهاب يخير بين المقام والانصراف . قال فى النهاية : إنما قيد بقوله يذبح فيه ثم يتحلل لأنه إذا ظن المحصر به ذبح هديه ففعل مايفعل الحلال ثم ظهر أنه لم يذبح كان عليه ما على الذى ارتكب محظورات الإحرام لبقاء إحرامه ، كذا ذكره الإمام قاضيخان رحمه الله (وإنما يبعث إلى الحرم لأن دم الإحصار قربة والإراقة لم تعرف قربة إلا فى زمان أو مكان على مامر) فدم الإحصار لايعرف قربة بدون أحد هذين

فلا يقع به التحلل ، وإليه الإشارة بقوله تعالى ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدى محله ـ فإن الهدى اسم لما يهدى إلى الحرم . وقال الشافعي رحمه الله : لايتوقت به لأنه شرع رخصة والتوقيت يبطل التخفيف . قلنا : المراعى أصل التخفيف لا نهايته .

ذبح فى الحرم وما أكل منه الذى معه ضمن قيمته يتصدق بها عن المحصر إن كان غنيا (قوله وإليه) مرجع الضمير التوقت بالحرم المفهوم من قوله يذبح فى الحرم مع قوله والإراقة لم تعرف قربة إلا فى زمان أو مكان ، والآية وهى قوله تعالى ـ ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدى محله ـ إما فى الإحصار بخصوصه أو فيه وفى غيره . أو هو من عموم اللفظ الوارد على سبب خاص فيتناول منع الحلق قبل الأعمال فى الإحصار وبعدها فى غيره إلى أن يبلغ الهدى محله وبين محله بقوله تعالى ـ ثم محلها إلى البيت العتيق ـ وعنها قلنا : إذا لم يجد المحصر الهدى يبقى محرما حتى يجده فيتحلل به أو يتحلل بالطواف والسعى إن لم يجده حتى فاته الحج . فإن استمر لايقدر على الوصول إلى مكة ولا إلى الهدى بقى محرما أبدا هذا هو المذهب المعروف . ولو سرق الهدى بعد ذبحه لاشيء عليه ، فإن لم يسرق تصدق به ، فإن أكل منه الذابح ضمن قيمة ما أكل إن كان غنيا يتصدق به عن المحصر . وعن أبى يوسف فى المحصر إن لم يجد هديا قوم الهدى طعاما وتصدق به على كل مسكين نصف صاع أو يصوم مكان كل مسكين يوما فيتحلل به ، رواه عن عطاء . قال فى الأمالى : وهذا أحب إلى . قلنا : هذا قياس يخالف النص فى عين المقيس فلا يقبل . وقال التمرتاشى : إن لم يجد بقى محرما . وقيل يصوم عشرة أيام ثم يتحلل ، وقيل ثلاثة أيام ، وقيل بإزاء كل نصف صاع يوما . ومن أحصر فوصل إلى مكة لم يبق محصرا على قول الإمام على ماسيأتى ، فإن لم يقدر على الأعمال صبر حتى يفوته الحج ويتحلل بأفعال العمرة . وقد ذكرنا أنه يجب أن يكون هذا فى الإحصار بالعدو ، وكذا قيل : لو قدم قارن فطاف وسعى لعمرته وحجته ثم خرج إلى بعض الآفاق قبل الوقوف وأحصر فإنه يبعث بهدى ويحل به ويقضى حجة وعمرة لحجته ولا عمرة عليه لعمرته مع أنه طاف وسعى لحجته ، ولا يحل بذلك لأن ذلك إنما يجب بعد الفوات . ولو أحصر عبد أحرم بغير إذن مولاه بعث المولى الهدى ندبا ، ولو كان أحرم بإذنه اختلفت الرواية فى وجوب بعث المولى وعدمه بل يجب على العبد عند العتق (قوله ولنا أن المراعى أصل التخفيف لانهايته) لم يذكر فى كلام الشافعى أنه اعتبر نهاية التخفيف . لكن دعواه القائلة أن التوقيت يبطل التخفيف . وحاصل الجواب أن يقال : إن قلت إن المراعى نهاية التخفيف منعناه أو أصله . فبالتوقيت لاينتفى أصل التخفيف بالكلية لتيسر من يرسل معه الهدى عادة من المسافرين . وأما الاستيضاح على كون المراعى أصل التخفيف بأنه لو لم يجد هديا يبقى محرما أبدا فلا يرد عليه لأن الشافعى لايقول به ، بل إذا لم يجده عنده قومت شاة وسط فيصوم

(فلا يقع به التحلل) وقد عين الشارع المكان بإشارة (قوله ـ ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدى محله ـ فإن الهدى اسم لما يهدى إلى الحرم) والمحل بالكسر عبارة عن المكان كالمسجد والمجلس . نهى عن الحلق حتى يبلغ الهدى موضع حله ، ثم فسر المحل بقوله ـ ثم محلها إلى البيت العتيق ـ وليس المراد عين البيت لأنه لاتراق فيه الدماء فكان المراد به الحرم . وهذا واضح (وقال الشافعى رحمه الله : لايتوقت بالحرم لأنه شرع رخصة والتوقيت يبطل التخفيف ، قلنا : المراعى أصل التخفيف لانهايته) ولهذا لم يستحق التخفيف متى لم يجد الهدى بل يبقى محرما أبدا ، ولأن

(قال المصنف : وإليه الإشارة) أقول : مرجع الضمير التوقت بالحرم المفهوم من قوله يذبح فى الحرم مع قوله والإراقة لم تعرف

وتجوز الشاة لأن المنصوص عليه الهدى والشاة أدناه ، وتجزيه البقرة والبدنة أوسبعهما كما فى الضحايا ، وليس المراد بما ذكرنا بعث الشاة بعينها لأن ذلك قد يتعذر ، بل له أن يبعث بالقيمة حتى تشترى الشاة هنالك وتذبح عنه . وقوله ثم تحلل إشارة إلى أنه ليس عليه الحلق أو التقصير ، وهو قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وقال أبو يوسف : عليه ذلك ، ولو لم يفعل لا شىء عليه لأنه صلى الله عليه وسلم حلق عام الحديبية وكان محصرا بها وأمر أصحابه رضى الله عنهم بذلك . ولهما أن الحلق إنما عرف قربة مرتبا على أفعال الحج فلا يكون نسكا قبلها وفعل النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه ليعرف استحكام عزيمتهم على الانصراف .

عن كل مد من قيمتها يوما ، وفى قول عشرة أيام كما فى العجز عن هدى المتعة عنده ، والجواب ماتقدم والمعوّل عليه الترديد الذى ذكرناه (قوله إشارة إلى أنه ليس عليه الحلق أو التقصير) وإلا قال ثم احلق ونحوه ، فلما عدل إلى المعنى الأعم استفدنا عدم تعين الحلق . وقوله وهو قول أبى حنيفة ومحمد أطلقه عنهما ، وفى الكافى : إنما لايحلق إذا أحصر فى الحل ، أما إذا أحصر فى الحرم فيحلق لأن الحلق موقت بالحرم عندهما ، فعلى هذا كان حلقه صلى الله عليه وسلم لكونه فى الحرم لأن بعض الحديبية من الحرم على ماقدمه المصنف ، ولما لم يقل المصنف فى جواب أبى يوسف عن حلقه صلى الله عليه وسلم لأنه كان فى الحرم بل إن حلقه كان ليعرّف بتشديد الراء أو بتخفيفها مبنيا للمفعول استحكام عزيمتهم على الانصراف أى ليعرّف المشركين ذلك فلا يشتغلوا بأمر الحرب

نهايته لوكانت مراعاة لتحلل فى الحال كما قال مالك رحمه الله وليس كذلك باتفاق بيننا وبينه . وقوله (وتجوز الشاة) ظاهر ، وذكر فى المحيط أنه إذا كان معسرا لايجد قيمة شاة أقام حراما حتى يطوف ويسعى كما يفعله فائت الحج . وقوله (وقال أبو يوسف : عليه ذلك) أى الحلق (ولو لم يفعل لاشىء عليه لأن النبى صلى الله عليه وسلم حلق عام الحديبية وكان محصرا بها وأمر أصحابه بذلك) فإن قيل : هذا الذى ذكره من الدليل يدل على قوله عليه ذلك لما أن مجرد فعل النبى عليه الصلاة والسلام فى الذى لايفعل قربة دليل الوجوب فكيف إذا أمر غيره بذلك ، وحينئذ لايكون دليلا على قوله ولو لم يفعل لاشىء عليه فأين دليله ؟ أجيب بأن هذه المسئلة عن أبى يوسف فيها روايتان : فى رواية يجوز ، وفى أخرى واجب . والمصنف أورد دليل رواية الوجوب ولم يورد دليل الرواية الأخرى ، لأن دليل أبى حنيفة ومحمد يصلح دليلا لها . وقوله (ولهما أن الحلق إنما عرف قربة) يعنى أن كون الحلق قربة عرف بالنص ، بخلاف القياس فيراعى فيه جميع ما ورد فيه النص من الأوصاف ومن جملتها كونه (مرتبا على أفعال الحج) فلا يكون فى غير المرتب قربة ، وأما حلق النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه فليعرف المشركون استحكام عزيمة المؤمنين على الانصراف فيأمنوا جانبهم ولا يشتغلوا بمكيدة أخرى بعد الصلح .

قربة إلا فى زمان أو مكان (قوله فإن قيل : هذا الذى ذكره من الدليل يدل على قوله عليه ذلك لما أن مجرد فعل النبى صلى الله عليه وسلم الخ) . أقول : قال علماء الأصول : إذا نقل عن النبى صلى الله عليه وسلم فعل فإن كان سهوا أو طبعا أو خاصا به فلا إيجاب إجماعا ، وإن كان بيانا لمجمل يجب اتباعه إجماعا ، وإن كان غير ذلك فهل يجب اتباعه أم لا ؟ قال البعض من الشافعية نعم ، وقال الأكثرون لا ، وهو المختار . إذا عرفت هذا عرفت أن قوله إن مجرد فعل النبى صلى الله عليه وسلم الخ يتطرق إليه المنع ، ثم إن أمره هذا لوكان للوجوب لما خالفه الصحابة على مانقل فى الصحاح (قوله أجيب بأن هذه المسئلة عن أبى يوسف ، إلى قوله : والمصنف أورد دليل رواية الوجوب الخ) أقول : فيكون فى عبارة المصنف إلباس حيث يفهم منه أن الثانى من تتمة الأول وهو الظاهر . وقوله عليه ذلك : أى يستحب ، وقد استعمل عليه فى هذا

(وإن كان قارنا بعث بدمين) لاحتياجه إلى التحلل من إحرامين، فإن بعث بهدى واحد ليتحلل عن الحج ويبقى فى إحرام العمرة لم يتحلل عن واحد منهما لأن التحلل منهما شرع فى حالة واحدة (ولا يجوز ذبح دم الإحصار إلا فى الحرم، ويجوز ذبحه قبل يوم النحر عند أبى حنيفة رحمه الله. وقالا : لا يجوز الذبح للمحصر بالحج إلا فى يوم النحر، ويجوز للمحصر بالعمرة متى شاء) اعتبارا بهدى المتعة والقران . وربما يعتبرانه بالحلق إذ كل واحد منهما محلل . ولأبى حنيفة

كان ظاهرا فى اعتقاده إطلاق الجواب فلا يجب عندهما الحلق سواء أحصر فى الحل أو الحرم (قوله لأن التحلل منهما شرع فى حالة واحدة) أى ليس غير . قال صلى الله عليه وسلم « فلا أحل حتى أحل منهما جميعا » فى الصحيح (قوله وربما يعتبر أنه الخ) أما اعتبارهما إياه بالحلق فبجامع أنه محلل وهو إلزامى . فإنهما لا يقولان بتوقت الحلق فى الحرم بل من حيث النسبة ، والملحق هنا عندهما اللزوم ، والإلزامى لا يفيد فى المطلوب شيئا ، لأنه لو اعترف الخصم بالخطأ فى أحدهما فقال أعترف بالخطإ فى أحد الأمرين من عدم توقيت الذبح بالزمان أو توقيت الحلق به لم يلزم خطؤه فى محل النزاع عينا . وأما اعتبارهما بهدى المتعة والقران فبجامع أنه هدى تتعلق القربة فيه بنفس الإراقة ، وهو معارض بالقياس على سائر دماء الكفارات . وهذا أولى لأن الجامع فى قياسهما إنما هو أثره فى توقته بالمكان بسبب أنه اسم إضافى ، إذ معناه ما يهدى إلى مكان وذلك المكان هو الحرم بالاتفاق والنص . وهو قوله تعالى ـ ثم محلها إلى البيت العتيق ـ وتوقته بالزمان ليس معلولا لكونه هديا . بل اتفق معه اتفاقا حكما شرعيا

قوله (وإن كان) المحصر (قارنا بعث بدمين لاحتياجه إلى التحلل عن إحراميه . فإن بعث بهدى واحد ليتحلل عن الحج ويبقى فى إحرام العمرة لم يتحلل عن واحد منهما لأن التحلل منهما شرع فى حالة واحدة) لما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت « خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع فأهللنا بعمرة . ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من كان معه هدى فليهل بالحج مع العمرة ثم لا يحل حتى يحل منهما جميعا » وبالهدى الواحد لا يتحلل منهما فلا يكون له أن يتحلل أصلا . فإن قيل : دم الإحصار قائم مقام الحلق فى التحلل والقارن يتحلل بحلق واحد عن الإحرامين فما باله لا يتحلل عنهما بهدى واحد؟ أجيب بجوابين : أحدهما أن الحلق فى الأصل محظور الإحرام . وإنما صار قربة بسبب التحلل فكان قربة لمعنى فى غيره كالوضوء للصلاة فينوب الواحد عن الاثنين كالطهارة الواحدة تكفى لصلوات كثيرة . وأما الهدى فإنه شرع للتحلل إلا أنه قربة مقصودة بدون التحلل ولهذا جاز النذر به : وما هو قربة مقصودة بنفسه لا ينوب الواحد فيه عن الاثنين كأفعال الصلاة . والثانى أن الحلق محظور الإحرام ، وإنما يصير قربة بسبب التحلل . فإن تكرر فلا يخلو إما أن يكون التحلل واقعا بالأول أو بالثانى ، فإن وقع بالأول كان الثانى لغوا ، وإن وقع بالثانى كان الأول جناية ، فأما الذبح فليس بمحظور الإحرام فصح الجمع . وقوله (ولا يجوز ذبح دم الإحصار إلا فى الحرم) إنما أعاد هذه المسئلة ليجعلها توطئة لقوله ويجوز ذبحه قبل يوم النحر زيادة فى بيان أن دم الإحصار أعرف فى اختصاصه بالمكان حيث لم يختلف فيه أصحابنا من اختصاصه بالزمان لأنه مختلف فيه . وقوله (اعتبارا بهدى المتعة والقران) تعليل عدم جواز الذبح للمحصر بالحج إلا فى يوم النحر. وأما قوله (ويجوز للمحصر بالعمرة متى شاء) فبالاتفاق فلا يحتاج إلى تعليل (وربما يعتبرانه بالحلق إذ كل واحد منهما محلل) فكما لم يجز الحلق قبل يوم النحر فكذلك الذبح . وقوله (ولأبى حنيفة)

المعنى فى فصل المحرمات من النكاح . وقوله ولو لم يفعل لا شىء عليه قرينة لذلك (قوله فلا يحتاج إلى تعليل) أقول : مع أن تعليله ظاهر وهو

رحمه الله أنه دم كفارة حتى لايجوز الأكل منه فيختص بالمكان دون الزمان كسائر دماء الكفارات ، بخلاف دم المتعة والقران لأنه دم نسك . وبخلاف الحلق لأنه فى أوانه لأن معظم أفعال الحج وهو الوقوف ينتهى به . قال (والمحصر بالحج إذا تحلل فعليه حجة وعمرة) هكذا روى عن ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم ، ولأن الحجة

لم يظهر تأثيره فيه فكان وصفا طرديا فى حق هذا الحكم فلا يعلل به ، بخلاف دماء الكفارات فإن الكفاره مؤثرة فى ستر الجناية ، وهذا كذلك فإنه يمنع التأثيم فى مباشرة محظورات الإحرام كما أن ذلك يرفعه ، ومعنى ستر الجناية مؤثر فى عدم التأخير ما أمكن ، ولازمه جوازه قبل يوم النحر وهو المطلوب ، مع أن قوله تعالى ـ فإن أحصرتم فما استيسر من الهدى ـ مطلق فلا ينسخ إطلاقه بما ذكراه لو صح (قوله هكذا روى عن ابن عباس وابن عمر) وذكره الرازى عن ابن عباس وابن مسعود ، ثم ذكر وجهه من القياس وهو على فائت الحج . وقد يورد عليه أن وجوب العمرة على فائت الحج إنما هو للتحلل بها والمحصر يتحلل بالهدى فلا تجب العمرة عليه . والجواب أن الهدى لتعجيل الإحلال قبل الأعمال ، وهذا لأنه قد تحقق من الشرع أنه متى صح الشروع فى الإحرام انعقد لازما ولا يخرج عنه إلا بأداء الأفعال : أى أفعال حج أو عمرة ، حتى أنه إذا فاته ما أحرم به من الحج لم يسوغ خروجه إلا بأفعال هى أفعال عمرة ، وإذا أحرم بالحج ينوى الفرض ثم ظهر له أنه كان أداه لزمه المضى فيه ، بخلاف الصلاة والصوم حيث لايلزم بالشروع فيه مظنون الوجوب . وإذا أفسده وجب المضى فى الفاسد ولا يخرج عن عهدته إلا بالأفعال بخلاف سائر العبادات ، وإذا صح شروع المحصر لايتحلل بمقتضى ما ذكرنا إلا بأفعال عمرة ، كفائت الحج فإنه عجز عن الإتمام بعد الشروع ، فإذا لم يفعل وجب أن يحكم بوجوب قضائها ردا إلى ماعهد من أمر الحج فى الشرع وأن الدم وجب عليه بتعجيل الإحلال قبل الأعمال وهو لاينفى بقاء ذلك الواجب ، وعن هذا

ظاهر . وقوله (بخلاف دم المتعة والقران) جواب عن اعتبارهما صورة النزاع بهما (لأنه) أى دم المتعة والقران (دم نسك) وما هو دم نسك يختص بالزمان فكذا هذا . وقوله (وبخلاف الحلق) جواب عن اعتبارهما الآخر . وبيانه أن التحلل على نوعين : تحلل فى أوانه وهو الذى يترتب على أفعال ما أحرم لأجله ، وتحلل قبل أوانه وهو ماليس كذلك ، والأول لابد له من التوقيت بيوم النحر لأن الركن الأصلى هو الوقوف بعرفة (وهو ينتهى به) أى بوقت الحلق لأن وقته يمتد إلى طلوع الفجر من يوم النحر فلا بد أن يقع الحلق فى يوم النحر ، وأما الثانى فإنه لايتوقف على أداء الأفعال فيجوز تقديمها لعدم الضرورة الداعية إلى التوقيت بيوم النحر وما نحن فيه من الثانى فكان قياسه على الأول قياسا مع وجود الفارق وهو باطل . قال صاحب الأسرار : قال الله تعالى ـ فإن أحصرتم فما استيسر من الهدى ـ من غير اشتراط زمان ، فاشتراطه بالقياس نسخ . قال (والمحصر بالحج إذا تحلل فعليه حجة وعمرة هكذا روى عن ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم) قالا : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل » والحديث عام فى الذى فاته الحج بفوات وقت الوقوف وفواته بالإحصار لأن كل واحد منهما قد فاته عرفة فقلنا بوجوب العمرة ، وأما الحجة فإنها تجب قضاء لصحة الشروع فيها . فإن قيل : العمرة فى فائت الحج للتحلل ، والتحلل ههنا حصل بالهدى فلاحاجة إلى

علم توقت العمرة فلا يتوقت التحليل منه أيضا فضلا عن تحليل المحصر (قوله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل) أقول : قوله فليحل بعمرة يدل على أن المراد هو فائت الحج بغير الإحصار ، إذ تحلل المحصر بالهدى لا بالعمرة فتأمل .

يجب قضاؤها لصحة الشروع فيها والعمرة لما أنه فى معنى فائت الحج (وعلى المحصر بالعمرة القضاء) والإحصار عنها يتحقق عندنا . وقال مالك رحمه الله : لايتحقق لأنها لاتتوقت . ولنا أن النبى عليه الصلاة والسلام وأصحابه رضى الله عنهم أحصروا بالحديبية وكانوا عمارا ، ولأن شرع التحلل لدفع الحرج وهذا موجود فى إحرام العمرة . وإذا تحقق الإحصار فعليه القضاء إذا تحلل كما فى الحج (وعلى القارن حجة وعمرتان)

قلنا : لو لم يحل حتى تحقق بوصف الفوات تحلل بالأفعال بلا دم ولا عمرة فى القضاء . ثم ما ذكرناه من وجوب الحجة والعمرة فى القضاء على المحصر هو فيما إذا قضاها من قابل . فلو قضى الحجة من عامه لاتجب معها عمرة لأنه لايكون كفائت الحج كذا عن أبى حنيفة . وعنه لايحتاج إلى نية التعيين إذ قضاها فى تلك السنة . ذكرهما محمد فى الأصل . وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه عليه حجة وعمرة فى الوجهين وعليه نية القضاء . وهو قول زفر . وعلى هذا الاختلاف والتفصيل ما إذا أحرمت المرأة بحجة تطوّع فمنعها زوجها وحللها ثم أذن لها بالإحرام فأحرمت من عامها أو تحولت السنة ، وإذا قضاهما من قابل إن شاء قرن بهما وإن شاء أفردهما . واعلم أن نية القضاء إنما تلزم إذا تحولت السنة اتفاقا فيما إذا كان الإحصار بحج نفل . أما إذا كان بحجة الإسلام فلا لأنها قد بقيت عليه حين لم يؤدها فينوى حجة الإسلام من قابل (قوله لأنها لاتتوقت) فلا يتحقق خوف الفوات . قلنا خوف الفوات ليس هو المبيح للتحلل وإلا لم يجز التحلل ، لأنه إذا فاته الحج يتحلل بأفعال العمرة وذلك لايفوت ، فعلم أن التحلل إنما أبيح لما قدمناه من ضرر امتداد الإحرام مع ظهور عجزه عن الأداء .

ومن فروع الإحصار بالعمرة : رجل أهلّ بنسك مبهم فأحصر قبل التعيين فعليه أن يبعث بهدى واحد ويقضى عمرة استحسانا . وفى القياس حجة وعمرة . لأن إحرامه إن كان للحج لزماه فكان فيه الاحتياط لكنه استحسن المتيقن وهو العمرة فتصير هى دينا فى ذمته ، وفيه نظر . ولأنه كان متمكنا من الخروج عن هذا الإحرام بأداء عمرة فكذا بعده . وعن هذا أيضا قلنا : لو جامع قبل التعيين لزمه دم الجماع والمضى فى أفعال العمرة وقضاؤها . بخلاف مالو كان عين نسكا فنسيه ثم أحصر لأن هناك تيقنا عدم نية الحج وهنا جاز كون المنوى كان الحج فيحل بهدى وعليه حجة وعمرة لهذا الاحتياط . ولو أحرم بشيئين والباقى بحاله فأحصر بعث بهديين ويقضى حجة وعمرتين استحسانا وقد قدمنا هذه (قوله وعلى القارن حجة وعمرتان) يقضيهما بقران أو إفراد . وهذا إذا لم يقض

إيجاب العمرة . قلنا : هذا رأى فى مقابلة النص لما روى سالم عن ابن عمر رضى الله عنهم أنه كان يقول : حسبكم سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، إن حبس أحدكم عن البيت طاف بالبيت وبالصفا والمروة ثم حل من كل شىء حتى يحج عاما قابلا . وقوله (وعلى المحصر بالعمرة القضاء) يدل على أن الإحصار عن العمرة متصور . وقال مالك : هو غير متحقق فى العمرة (لأنها لاتتوقت . ولنا أن النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضوان الله عليهم أحصروا بالحديبية وكانوا عمارا) صح فى كتب الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه أحصروا بالعمرة بالحديبية فقضوها من قابل وكانت تسمى عمرة القضاء (ولأن التحلل مشروع لدفع الحرج وهذا موجود فى إحرام العمرة ، وإذا تحقق الإحصار فعليه القضاء إذا تحلل كما فى الحج . وعلى القارن حجة وعمرتان ، أما

(قوله قلنا هذا رأى فى مقابلة النص الخ) أقول : غرض المعترض أن قياسكم على فائت الحج لايصح لوجود الفارق وقد حصل ، والحديث الذى رواه يدل على أن التحلل إنما يكون فى المحصر بالعمرة ، وليس الأمر كذلك ، إلا أن يقال : للحديث دلالتان : وجوب العمرة على المحصر

أما الحج وإحداهما فلما بينا، وأما الثانية فلأنه خرج منها بعد صحة الشروع فيها (فإن بعث القارن هديا وواعدهم أن يذبحوه فى يوم بعينه ثم زال الإحصار، فإن كان لايدرك الحج والهدى لايلزمه أن يتوجه بل يصبر حتى يتحلل بنحر الهدى) لفوات المقصود من التوجه وهو أداء الأفعال، وإن توجه ليتحلل بأفعال العمرة له ذلك لأنه فائت الحج

فى سنة الإحصار، وأما إذا زال الإحصار بعد التحلل بالذبح والوقت يسع لتجديد الإحرام والأداء ففعل فإنما عليه عمرة القران على ماهو رواية الأصل (قوله فإن بعث القارن هديا) الصواب المحصر مكان القارن، وهذا غلط ظاهر فى النسخ، أما أولا فلأن هذا الحكم لايخص القارن فالحاجة إلى بيانه مطلقا لا على خصوص القارن، وأما ثانيا فلأن القارن إنما يبعث بدمين (قوله فإن كان لايدرك الخ) حاصل وجوه المسئلة أنه إذا زال الإحصار بعد البعث، فإما أن يكون بحيث يدرك الهدى والحج أو لايدركهما، أو يدرك الحج فقط أو الهدى فقط، وهذا التقسيم على قول أبى حنيفة كما ذكره المصنف وذكر أحكام الأقسام وهى ظاهرة (قوله وإن توجه ليحل بأفعال العمرة له ذلك) وله فى هذا فائدة هى أنه لايلزمه عمرة فى القضاء. فإن قيل: إذا كان المحصر قارنا ينبغى أن يجب عليه أن يأتى بالعمرة التى وجبت عليه بالشروع فى القران لأنه قادر عليها. قلنا: إنه لايقدر على أدائها على

أما الحج وإحداهما فلما بينا) يعنى فى المفرد من كونه بمعنى فائت الحج (وأما الثانية فلأنه خرج منها بعد صحة الشروع فيها) وقوله (فإن بعث القارن هديا) قال صاحب النهاية: ذكر القارن ههنا وقع غلطا ظاهرا من الناسخ، فالصواب أن يقال: فإن بعث المحصر. وبيان الغلط من وجهين: أحدهما أنه ذكر فإن بعث القارن هديا ويجب على القارن بعث الهديين فإنه لايتحلل بالواحد لأنه ذكر قبل هذا فى هذا الباب، فإن كان قارنا بعث بدمين، والثانى أن المصنف جمع بين روايتى القدورى والجامع الصغير وهذه المسئلة مذكورة فى هذين الكتابين فى حق المحصر بالحج. وأقول: لما كان كلام المصنف قبل هذا فى القارن لم يرد فك النظم فقال: فإن بعث القارن هديا، والهدى اسم لما يهدى إلى الحرم سواء كان ذلك دمين أو دما واحدا أو ثوبا. وكان ذكر أن الواجب عليه دمان وهما هدى القارن، فكأنه قال: فإن بعث القارن دمين فلا منافاة بين هذا وبين ماتقدم، ولا هو غلط فى الكلام ولا من نسخه، بل ربما لو قال: فإن بعث المحصر كان ملبسا فى حق القارن. ولو قال هديين كان غير فصيح لأنه اسم لجنس ما يهدى فلا يثنى إلا إذا قصد الأنواع وليس بمقصود أو العدد. وذلك معلوم مما تقدم فلهذا قال: فإن بعث القارن هديا (وواعدهم أن يذبحوه فى يوم بعينه ثم زال الإحصار) ثم إن ههنا وجوها أربعة بحسب القسمة العقلية، لأنه إما أن لايدرك الحج والهدى أو يدركهما أو يدرك الهدى دون الحج أو بالعكس، والكل مذكور فى الكتاب. فى الوجه الأول (لايلزمه أن يتوجه بل يصبر حتى يحل بنحر الهدى لفوات المقصود من التوجه وهو أداء الأفعال، وإن توجه ليتحلل بأفعال العمرة فله ذلك لأنه فائت الحج) فإن قيل: إذا كان فى معنى فائت الحج وجب أن يؤمر بالتوجه والتحلل بالطواف والسعى حتما كفائت الحج. أجيب بأن الطواف والسعى فى حق فائت الحج غير مقصود لعينه، ولكن المقصود هو التحلل، وهذا المقصود يحصل له بالهدى الذى بعثه

ـن التحلل بعد العمرة، والنظم يدل على كون التحلل بالهدى فلا يعمل بالدلالة الثانية (قوله وأقول: لما كان كلام المصنف قبل هذا فى ـن لم يرد فك النظم فقال فإن بعث القارن هديا) أقول: هذا عذر بارد (قوله بل ربما لوقال فإن بعث المحصر كان ملبسا فى حق القارن، قال هديين كان غير فصيح لأنه اسم لجنس مايهدى فلا يثنى الخ) أقول: فيه بحث.

(وإن كان يدرك الحج والهدى لزمه التوجه) لزوال العجز قبل حصول المقصود بالخلف ، وإذا أدرك هديه صنع به ماشاء لأنه ملكه وقد كان عينه لمقصود استغنى عنه (وإن كان يدرك الهدى دون الحج يتحلل) لعجزه عن الأصل (وإن كان يدرك الحج دون الهدى جاز له التحلل) استحسانا . وهذا التقسيم لايستقيم على قولهما فى المحصر بالحج لأن دم الإحصار عندهما يتوقت بيوم النحر . فمن يدرك الحج يدرك الهدى . وإنما يستقيم على قول أبى حنيفة رحمه الله ، وفى المحصر بالعمرة يستقيم بالاتفاق لعدم توقت الدم بيوم النحر . وجه القياس وهو قول زفر رحمه الله أنه قدر على الأصل وهو الحج قبل حصول المقصود بالبدل وهو الهدى . وجه الاستحسان أنا لو ألزمناه التوجه لضاع ماله لأن المبعوث على يديه الهدى يذبحه ولا يحصل مقصوده . وحرمة المال كحرمة النفس . وله الخيار

الوجه الذى تلزمه وهو كونه على وجه يترتب عليها الحج إذ بفوات الحج يفوت ذلك (قوله لزمه التوجه) وليس له أن يتحلل بالهدى لأن ذلك كان لعجزه عن إدراك الحج وقد قدر عليه فلا يجوز الخلف مع القدرة على الأصل (قوله وهو قول زفر) وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة (قوله ولو خاف على نفسه[1] لايلزمه التوجه فكذا على ماله) فإنا رأينا الشرع فى كثير من المواضع أنه أنزل المال كالنفس حتى أباح القتال دونه والقتل كالنفس . وفى البدائع لأنه إذا كان لايقدر على إدراك الهدى صار كأن الإحصار زال عنه بالذبح فيحل به ، ولأن الهدى قد مضى لسبيله بدليل أنه لايجب الضمان على المبعوث معه بالذبح فصار كأنه قدر على الذهاب بعد ماذبح عنه اهـ .

لينحر عنه ، فله أن يقتصر بذلك ثم يقضى العمرة ، وله أن يتوجه لئلا يلزمه قضاء العمرة ، وفى الوجه الثانى يلزمه التوجه (لزوال العجز قبل حصول المقصود بالخلف) كالمكفر بالصوم إذا أيسر قبل إتمام الكفارة به (وإذا أدرك هديه صنع به ما شاء لأنه ملكه وقد كان عينه لمقصود استغنى عنه) وفى الوجه الثالث يتحلل لعجزه عن الأصل . وفى الوجه الرابع جاز له التحلل (وهذا التقسيم) يعنى الوجه الرابع (لايستقيم على قولهما فى المحصر بالحج) على ماذكر فى الكتاب وهو واضح . وقوله (وحرمة المال كحرمة النفس) يعنى كما أن خوف النفس كان عذرا له فى التحلل فكذلك الخوف على ماله ، لكن الأفضل أن يتوجه . فإن قلت : هذا الذى ذكره المصنف أن حرمة المال كحرمة النفس مخالف لما قاله فخر الإسلام والأصوليون أن حرمة النفس فوق حرمة المال فجاز أن يكون وقاية للنفس . فإذا أكره بالقتل على إتلاف مال غيره جاز الإقدام عليه . فالجواب أن حرمة النفس فوق حرمة المال حقيقة لأنه مملوك مبتذل فأين يماثل المالك المبتذل ، ولكن حرمة المال تشبه حرمة النفس من حيث كون إتلافه ظلما لقيام عصمة صاحبه فيه ، وإلى هذا أشار المصنف بكاف التشبيه ، فإن المشابهة بين الشيئين لاتقتضى اتحادهما من جميع الجهات وإلا لارتفع التشبيه . وقوله (وله الخيار) يعنى على وجه الاستحسان، لما جاز

(قال المصنف : وهذا التقسيم لايستقيم على قولهما ، إلى قوله : وإنما يستقيم على قول أبى حنيفة رحمه الله ، وفى المحصر بالعمرة يستقيم بالاتفاق الخ) أقول : لكن لايستقيم القسم الأول والثالث فيها لأنه إذا زال الإحصار والعمرة غير موقتة كيف لايدركها ؟.

(قوله فإن المشابهة بين الشيئين لاتقتضى اتحادهما الخ) أقول : المساواة فى الحرمة لاتستلزم الاتحاد من كل وجه فلا وجه لهذا التعليل ، بل

---

[1] (قول الفتح قوله ولو خاف على نفسه الخ) هذا على ما فى نسخ من الهداية ، وفى نسخ لاوجود لذلك اهـ . كذا بخط العلامة البحراوى حفظه الله ، كتبه مصححه .

إن شاء صبر فى ذلك المكان أو فى غيره ليذبح عنه فيتحلل . وإن شاء توجه ليؤدى النسك الذى الّتزمه بالإحرام وهو أفضل لأنه أقرب إلى الوفاء بما وعد (ومن وقف بعرفة ثم أحصر لايكون محصرا) لوقوع الأمن عن الفوات (ومن أحصر بمكة وهو ممنوع عن الطواف والوقوف فهو محصر) لأنه تعذر عليه الإتمام فصار كما إذا أحصر فى الحل (وإن قدر على أحدهما فليس بمحصر) أما على الطواف فلأن فائت الحج يتحلل به والدم بدل عنه فى التحلل ، وأما على الوقوف فلما بينا ، وقد قيل فى هذه المسألة خلاف بين أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله

ولا يثلج الخاطر شيء من ذلك . والأفضل أن يتوجه لأن فيه الإيفاء بما الّتزمه كما الّتزمه (قوله ومن أحصر) بعد الوقوف بعرفة (لايكون محصرا لوقوع الأمن من الفوات) بتحقق الفعل فلا يرد النقض بالعمرة ، فإن الأمن من الفوات متحقق فيها مع تحقق الإحصار بها ، لأن المراد هنا أنه قد وقع الفعل بحيث لايتصور بعده فساد ولا فوات ، وسقط به الفرض إذا انضم إليه الطواف فى أىّ وقت اتفق من عمره . بخلاف معنى عدم الفوات فى العمرة فلم يصدق عليه معنى الإحصار عن الحج ، فإن معناه المنع عن أفعاله . وهذا قد فعل ماله حكم الكل فلم يلزم امتداد الإحرام الموجب للحرج لأنه متمكن من الإحلال بالحلق يوم النحر عن كل محظور سوى النساء ، ثم إن حلق فى غير الحرم لزمه دم . والحاصل أنه لم يتحقق العذر المجوّز للإحلال على ذلك الوجه لتمكنه منه على سنن المشروع الأصلى ، غير أنه يبقى المنع فى يسير وهو النساء فيزول بالطواف ، ولا يعجز المحصر عن ساعة من ليل أو نهار يجد بها فرصة قدر الطواف مختفيا فى زمان قدر شهر ، والمنع من النساء فى هذا المقدار لايستلزم حرجا يبيح الإحلال مطلقا بغير الطريق الأصلى : أعنى الحلق ، بخلاف الإحصار بالعمرة وهو محرم بها ، هذا وإذا تحقق الإحصار بعد مجرد الوقوف كان عليه دم لوقوف المزدلفة ودم الرمى ودمان لتأخير الحلق عن المكان وتأخير الطواف عند أبى حنيفة إن أخرهما ودم آخر إن حلق فى الحل . واختلف هل له ذلك أم لا ؟ قيل ليس له أن يحلق فى مكانه فى غير الحرم ، ولو أخره حتّى يحلق فى الحرم تأخر عن زمانه ، وتأخيره عن الزمان أهون منه فى غير المكان . وقيل له ، إذ ربما لو أخره ليحلق فى الحرم يمتد الإحصار فيحتاج إلى الحلق فى الحل فيفوت المكان والزمان (قوله وقد قيل فى هذه المسألة خلاف) وهو ماذكر علىّ بن الجعد عن أبى يوسف قال : سألت أباحنيفة

له التحلل كان له الخيار (إن شاء صبر) إلى أن ينحر عنه الهدى فى الميعاد فيتحلل (وإن شاء توجه لأداء النسك) لزوال العجز (وهو أفضل لأنه أقرب إلى الوفاء بما وعد . ومن وقف بعرفة ثم أحصر لايكون محصرا) لأن سبب حكم الإحصار خوف الفوات وقد وقع الأمن عنه لقوله صلى الله عليه وسلم « من وقف بعرفة فقد تم حجه » لكنه محرم عن النساء حتّى يطوف طواف الزيارة . وعليه عند أبى حنيفة أربعة دماء : دم لترك الوقوف بالمزدلفة . ودم لترك رمى الجمار . ودم لتأخير الطواف . ودم لتأخير الحلق . وعندهما ليس عليه لتأخير الطواف والحلق شيء . فإن قيل : قد تقدم أن ازدياد مدة الإحرام يثبت حكم الإحصار كما فى إحصار العمرة وههنا قد ازدادت فليثبت حكمه . أجيب بأنه متمكن من التحلل بالحلق إلا فى حق النساء . وإن كان يلزمه بعض الدماء فلا يتحقق العذر الموجب للتحلل . وقوله (ومن أحصر بمكة) ظاهر . وقوله (فلما بينا) يعنى قوله ومن وقف بعرفة ثم أحصر لايكون محصرا . وقوله (وقد قيل فى هذه المسألة) يعنى قوله ومن أحصر بمكة (خلاف بين أبى حنيفة وأبى يوسف)

الأولى أن يقول : فإن وجه الشبه يكون فى المشبه به أقوى وأتم وهو به أشهر كما صرحوا به (قوله أجيب بأنه متمكن من التحلل بالحلق إلا فى حق النساء) أقول : وأمر النساء هين .

تعالى ، والصحيح ما أعلمتك من التفصيل ، والله تعالى أعلم .

(باب الفوات)

(ومن أحرم بالحج وفاته الوقوف بعرفة حتى طلع الفجر من يوم النحر فقد فاته الحج) لما ذكرنا أن وقت الوقوف يمتد إليه (وعليه أن يطوف ويسعى ويتحلل ويقضى الحج من قابل ولا دم عليه) لقوله عليه الصلاة والسلام « من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل » والعمرة ليست إلا الطواف والسعى .

عن المحرم يحصر بالحرم فقال : لايكون محصرا ، فقلت : أليس أن النبي صلى الله عليه وسلم أحصر بالحديبية وهى من الحرم ؟ فقال : إن مكة كانت يومئذ دار الحرب ، وأما اليوم فهى دار الإسلام فلا يتحقق الإحصار فيها . قال أبو يوسف : أما أنا فأقول : إذا غلب العدو على مكة حتى حالوا بينه وبين البيت فهو محصر . والأصح أن التفصيل المذكور قول الكل . وفيه أن الحديبية من الحرم ، وهو خلاف ماذكره البخارى أنها من الحل ، وما ذكره المصنف وغيره من مشايخنا أن بعضها من الحرم ، ولو صحت هذه الرواية فلا خلاف فى المعنى إذا لاحظت تعليل أبى حنيفة ، وبملاحظته أيضا يتضح ما ذكرنا من حمل منعه الإحصار بالحرم على ما بالعدو ، إذ لايخفى إمكان تحقق العجز عن الذهاب إلى مكة بشدة المرض فى بعض الصور مع تحقق الإضرار ببقاء الإحرام مع المرض ، والله سبحانه أعلم .

[تقسيم] المتحلل قبل أعمال ما أحرم به إما محصر أو فائت الحج أو غيرهما وتحلل الأول فى الحال بالدم والثانى بأفعال العمرة والثالث بلا شيء يتقدمه وهو كل من منع من المضى شرعا لحق العبد ، كالمرأة والعبد الممنوعين لحق الزوج والمولى إذا أحرما بغير إذن فإن للزوج والمولى أن يحللاهما فى الحال بلا شيء ، ثم على المرأة أن تبعث بهدى يذبح عنها فى الحرم ، وعلى العبد إذا أعتق هدى الإحصار ، وعليهما معا قضاء حجة وعمرة ، وسنذكر تمامه إن شاء الله تعالى فى المسائل المنثورة .

(باب الفوات)

(قوله لقوله عليه الصلاة والسلام : من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل)

وهو ماذكر على بن الجعد عن أبى يوسف قال : سألت أبا حنيفة عن المحرم يحصر فى الحرم فقال : لايكون محصرا ، فقلت : أليس أن النبي صلى الله عليه وسلم أحصر بالحديبية وهى من الحرم ؟ فقال : إن مكة يومئذ كانت دار الحرب وأما اليوم فهى دار الإسلام فلا يتحقق الإحصار فيها . قال أبو يوسف : وأما أنا فأقول : إذا غلب العدو على مكة حتى حالوا بينه وبين البيت فهو محصر . قال المصنف (والصحيح) من الرواية أن الممنوع عن الوقوف والطواف يكون محصرا باتفاق أصحابنا ، وإذا قدر على أحدهما لايكون محصرا وهو معنى قوله (ما أعلمتك من التفصيل) والله أعلم .

(باب الفوات)

معنى الإحصار من الفوات نازل منزلة المفرد من المركب ، لأن الإحصار إحرام بلا أداء فى الفوات إحرام وأداء فلا جرم آثر تأخيره . (قوله ومن أحرم بالحج وفاته الوقوف) ظاهر .

(باب الفوات)

ولأن الإحرام بعد ما انعقد صحيحا لاطريق للخروج عنه إلا بأداء أحد النسكين كما فى الإحرام المبهم ، وههنا عجز عن الحج فتتعين عليه العمرة ولا دم عليه لأن التحلل وقع بأفعال العمرة فكانت فى حق فائت الحج بمنزلة الدم فى حق المحصر فلا يجمع بينهما (والعمرة لاتفوت وهى جائزة فى جميع السنة إلا خمسة أيام يكره فيها فعلها ،

رواه الدارقطنى من حديث ابن عمر وابن عباس ، فحديث ابن عمر فى سنده رحمة بن مصعب ، قال الدارقطنى : ضعيف وقد تفرد به ، ورواه ابن عدى فى الكامل وضعفه بمحمد بن عبد الرحمن بن أبى ليلى ، وضعفه عن جماعة . وحديث ابن عباس فيه يحيى بن عيسى النهشلى ضعفه ابن حبان وأسند تضعيفه عن ابن معين . وقال صاحب التنقيح : روى مسلم . واعلم أن الغرض من خصوص هذا المتن الاستدلال على نفى لزوم الدم ، فإن ماسواه من الأحكام المذكورة لايعلم فيها خلاف . ووجهه أنه شرع فى بيان حكم الفوات ، وكان المذكور جميع ما له من الحكم وإلا نافى الحكمة ، وليس من المذكور لزوم الدم ، فلو كان من حكمه لذكره (قوله كما فى الإحرام المبهم) وهو أن لايزيد فى النية على مجرد الإحرام ثم يلبى فإنه يصح ، ولا يخرج عنه إلا بأداء أحد النسكين ، وله أن يعين ماشاء مالم يشرع فى الطواف ، فإذا شرع قبل التعيين تعينت العمرة ولذا قلنا : لو لم يعين حتى طاف أقل الأشواط ثم أحرم بعمرة رفضها ولزمه حكم الرفض على ماذكرناه فى إضافة الإحرام إلى الإحرام ، لأنه حينئذ صار جامعا بين عمرتين ، وقد أسلفنا فى الإحرام المبهم شيئا فى باب الإحرام ، والمراد بالصحيح فى قوله لأن الإحرام بعد ما انعقد صحيحا اللازم ليخرج به العبد والزوجة بغير إذن لامقابل مافسد (قوله ولا دم عليه) وقال الحسن بن زياد : عليه الدم كقول الشافعى ومالك رحمهما الله . ولنا فيه ماذكرنا من الحديث آنفا ، وهو حجة لأن مسلما روى للنهشلى ، وما رواه مالك فى الموطإ عن عمر أنه قال لأبى أيوب الأنصارى حين فاته الحج : اصنع كما يصنع المعتمر ثم قد حللت ، فإذا أدركك الحج من قابل فاحجج وأهد ما استيسر من الهدى . وكذا روى عنه أنه قال لهبار ابن الأسود ومن معه حين فاتهم الحج . وعن ابن عمر مثل ما عن أبيه رضى الله عنهما ، رواه الشافعى عنه فمحمول على الندب لما قدمنا من الحديث المرفوع أنه صلى الله عليه وسلم لم يأمر به حين بيانه لحكم الفوات ، أو لم يعلما فيه

(وقوله ولأن الإحرام بعد ما انعقد صحيحا) أى نافذا لازما لايرتفع برافع ، فهو احتراز عن إحرام الرقيق بغير إذن المولى ، وإحرام المرأة فى التطوع بغير إذن الزوج ، فإن للمولى والزوج أن يحللاهما وليس باحتراز عن الإحرام الفاسد ، كما إذا جامع المحرم قبل الوقوف بعرفة أو أحرم مجامعا فإن حكمه حكم الصحيح . وقوله (لاطريق للخروج عنه إلا بأداء أحد النسكين) منقوض بالمحصر فإن الهدى طريق له للخروج عنه كما تقدم ، وأجيب بأنه بنى الكلام على ماهو الوضع ومسئلة الإحصار من العوارض ثبتت بالنص على خلاف القياس . وقوله (كما فى الإحرام المبهم) أى المبهم من النسكين الحجة والعمرة بأن أبهم فى الإحرام وقال : لبيك اللهم لبيك ، ولم يعين حجة ولا عمرة ولم ينو بقلبه شيئا فإنه يصح إحرامه ولا يخرج عنه إلا بأداء أحد النسكين ، لكنه يتعين فى المتيقن وهو العمرة لأنها أقل أفعالا وأيسر مئونة (وههنا عجز عن الحج) لفوات ركنه الأعظم (فيتعين عليه العمرة) فكان المناسبة بين الإحرام المبهم وبين ما نحن فيه الخروج عن الإحرام بأفعال العمرة . وقوله (ولا دم عليه) يعنى عندنا خلافا للشافعى رحمه الله فإنه يوجب الدم عليه قياسا على المحصر . وقلنا : التحلل وقع بأفعال العمرة فكانت فى حق فائت الحج بمنزلة الدم فى حق المحصر فلا يجمع بينهما ، ولا يقاس أحدهما على الآخر لأن كل واحد منهما قادر وعاجز على مايعجز عنه الآخر وعما يقدر عليه . وقوله (والعمرة لاتفوت) أى لأنها غير موقتة (وهى جائزة فى جميع السنة) يدل على جوازها فى أشهر الحج .

وهى يوم عرفة ، ويوم النحر ، وأيام التشريق) لما روى عن عائشة رضى الله تعالى عنها أنها كانت تكره العمرة فى هذه الأيام الخمسة ، ولأن هذه الأيام أيام الحج فكانت متعينة له . وعن أبى يوسف رحمه الله : أنها لاتكره فى يوم عرفة قبل الزوال لأن دخول وقت ركن الحج بعد الزوال لا قبله ، والأظهر من المذهب ماذكرناه ، ولكن مع هذا لو أدّاها فى هذه الأيام صح ويبقى محرما بها فيها لأن الكراهة لغيرها وهو تعظيم أمر الحج وتخليص وقته له

عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا ، وتأيد بما ذكره من المعنى فى الكتاب وهو أن العمرة لفائت الحج جعلت شرعا شرطا للتحلل وكانت كالدم فى المحصر فلا يجمع بينهما . وقوله لأن التحلل الخ المراد أن لزوم الدم على المحصر لكونه تعجل الإحلال قبل الأعمال ، وهذا قد حل بالأعمال فلا يجب عليه الدم لامايتخايل من ظاهر العبارة ليقال عليه مقتضاه أن لايجب على المحصر عمرة فى قضاء الحجة حينئذ (قوله لما روى عن عائشة) أخرج البيهقى عن شعبة عن يزيد الرشك ١ عن معاذة عن عائشة قالت . حلت العمرة فى السنة كلها إلا أربعة أيام : يوم عرفة ، ويوم النحر ، ويومان بعد ذلك اه.وهويشير إلى أن الكراهة كراهة تحريم وفى كلام المصنف ما يفيده . وقال الشيخ تقى الدين فى الإمام : روى إسماعيل بن عياش عن إبراهيم ونافع عن طاوس قال : قال البحر : يعنى ابن عباس : خمسة أيام : يوم عرفة ، ويوم النحر، والثلاثة أيام التشريق اعتمر قبلها أوبعدها ماشئت اه .

هذا وأما أفضل أوقاتها فرمضان . وعن ابن عباس رضى الله عنهما عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال « عمرة فى رمضان تعدل حجة » وفى طريق لمسلم « تقضى حجة » أو « حجة معى » وفى رواية لأبى داود « تعدل حجة معى » من غير شك . وكان السلف رحمهم الله يسمونها الحج الأصغر .

هذا وقد قدمنا فى أوائل كتاب الحج الوعد بعدد عمراته عليه الصلاة والسلام فنقول : قد اعتمر النبى صلى الله عليه وسلم أربع عمرات كلهن بعد الهجرة ، ولم يعتمر مدة مقامه بمكة بعد النبوّة شيئا ، وذلك ثلاث عشرة سنة وعن هذا ادعى من ادعى أن السنة فى العمرة أن تفعل داخلا إلى مكة لاخارجا . بأن يخرج المقيم بمكة إلى الحل فيعتمر كما يفعل اليوم وإن لم يكن ذلك ممنوعا ؛ ثم المراد بالأربعة ، إحرامه بهن ، فأما ما تم له منها فثلاث ، ولهذا قال البراء بن عازب : « اعتمر النبى صلى الله عليه وسلم عمرتين قبل أن يحج فلم يحتسب بعمرة الحديبية » كذا فى الصحيحين وكلهن فى ذى القعدة على ماهو الحق .

[الأولى] عمرة الحديبية سنة ست فصدّ بها فنحر الهدى بها وحلق هو وأصحابه ورجع إلى المدينة .

[الثانية] عمرة القضاء فى العام المقبل ، وهى قضاء عن الحديبية ، هذا مذهب أبى حنيفة ، وذهب مالك إلى

وقد اختلف السلف فى ذلك ، وكان عمر ينهى عنها ويقول : الحج فى الأشهر والعمرة فى غيرها أكمل لحجكم وعمرتكم . والصحيح جوازها بلا كراهة بدليل ما روى البخارى فى صحيحه بإسناده إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم « أنه اعتمر فى ذى القعدة أربع عمر إلا التى اعتمر مع حجته » . وأما كراهتها فى الأيام الخمسة فهى مذهبنا ، وقال الشافعى رحمه الله : لا تكره ، وما ذكره فى الكتاب ظاهر . وقوله (والأظهر من المذهب ماذكرناه) يعنى

(قوله وكان عمر رضى الله عنه ينهى عنها ويقول الخ) أقول : أى يقول بعد النهى .

---

(١) الرشك : بكسر الراء وسكون المعجمة : الكبير اللحية ، ولقب يزيد بن أبى يزيد الضبعى أحسب أهل زمانه ، أفاده القاموس كتبه مصححه .

أنها مستأنفة لاقضاء عنها ، وتسمية الصحابة وجميع السلف إياها بعمرة القضاء ظاهر فى خلافه ، وتسمية بعضهم إياها عمرة القضية لاينفيه ، فإنه اتفق فى الأولى مقاضاة النبى صلى الله عليه وسلم أهل مكة على أن يأتى من العام المقبل فيدخل مكة بعمرة ويقيم بها ثلاثا ، وهذا الأمر قضية تصح إضافة هذه العمرة إليها ، فإنها عمرة كانت عن تلك القضية فهى قضاء عن تلك القضية فتصح إضافتها إلى كل منهما فلا تستلزم الإضافة إلى القضية نفى القضاء ، والإضافة إلى القضاء يفيد ثبوته فيثبت مفيد ثبوته بلا معارض . وأيضا فالحكم الثابت فيمن شرع فى إحرام بنسك فلم يتمه لإحصار فحل أن يقضى وهذه تحتمل القضاء فوجب حملها عليه ، وعدم نقل أنه عليه الصلاة والسلام أمر الذين كانوا معه بالقضاء لايفيد ذلك ، بل المفيد له نقل العدم لاعدم النقل . نعم هو مما يؤنس به فى عدم الوقوع لأن الظاهر أنه لوكان لنقل ، لكن ذلك إنما يعتبر لو لم يكن من الثابت مايوجب القضاء فى مثله على العموم فيجب الحكم بعلمهم به وقضائها من غير تعيين طريق علمهم .

[الثالثة] عمرته التى قرنها مع حجته على ما أسلفنا إثباته من أنه صلى الله عليه وسلم حج قارنا أو التى تمتع بها إلى الحج على قول القائلين بأنه حج متمتعا ، أو التى اعتمرها فى سفره ذلك على قول القائلين بأنه أفرد واعتمر ، ولا عبرة بقول الرابع .

[الرابعة] عمرته من الجعرانة لما خرج صلى الله عليه وسلم إلى حنين ودخل بهذه العمرة إلى مكة ليلا وخرج منها ليلا إلى الجعرانة فبات بها ، فلما أصبح وزالت الشمس خرج فى بطن سرف حتى جامع فى الطريق ، ومن ثمة خفيت هذه العمرة على كثير من الناس . وأما أنهن كلهن فى ذى القعدة فلما ثبت عن عائشة وابن عباس رضى الله عنهم « لم يعتمر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا فى ذى القعده » . وأماما فى الصحيحين من حديث أنس رضى الله عنه أنه قال : « اعتمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أربع عمر كلهن فى ذى القعدة ، إلا التى مع حجته » : عمرة من الحديبية أو زمن الحديبية فى ذى القعدة ، وعمرة من العام المقبل فى ذى القعدة ، وعمرة من الجعرانة حيث قسم غنائم حنين فى ذى القعدة ، وعمرة مع حجته فلا ينافيه لأن مبدأ عمرة القران كان فى ذى القعدة وفعلها كان فى ذى الحجة فصح طريقا الإثبات والنفى . وأما قول ابن عمر إن النبى صلى الله عليه وسلم اعتمر أربعا إحداهن فى رجب ، فقد قالت عائشة لما بلغها ذلك : يرحم الله أبا عبدالرحمن ما اعتمر رسول الله صلى الله عليه وسلم عمرة قط إلا وهو شاهد ، وما اعتمر فى رجب قط . وأما ما رواه الدارقطنى عن عائشة « خرجت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى عمرة فى رمضان » فقد حكم الحفاظ بغلط هذا الحديث ، إذ لاخلاف أن عمره كلها لم تزد عن أربع ، وقد عينها أنس وعدها وليس فيها ذكر شيء منها فى غير ذى القعدة سوى التى مع حجته ، وقد جمع بما ذكرناه من الوجه الصحيح ، فلو كانت له عمرة فى رجب وأخرى فى رمضان لكانت ستا ، ولوكانت أخرى فى شوال كما هو فى سنن أبى داود عن عائشة « أنه عليه الصلاة والسلام اعتمر فى شوال كانت سبعا » . والحق فى ذلك أن ما أمكن الجمع فيه وجب ارتكابه دفعا للمعارضة ، ومالم يمكن الجمع فيه حكم بمقتضى الأصح والأثبت ، وهذا أيضا يمكن فيه الجمع بإرادة عمرة الجعرانة فإنه خرج إلى حنين فى شوال والإحرام بها فى ذى القعدة فكان

فيصح الشروع (والعمرة سنة) وقال الشافعى رحمه الله : فريضة لقوله عليه الصلاة والسلام « العمرة فريضة كفريضة الحج » ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « الحج فريضة والعمرة تطوّع » ولأنها غير موقّتة بوقت وتتأدى بنية غيرها كما فى فائت الحج ، وهذه أمارة النفلية .

مجازا للقرب ، هذا إن صح وحفظ وإلا فالمعوّل عليه الثابت ، والله أعلم . ولما ثبت أن عمره صلى الله عليه وسلم كانت كلها فى ذى القعدة وقع تردد لبعض أهل العلم فى أن أفضل أوقات العمرة أشهر الحج أو رمضان ، ففى رمضان ما قدمناه مما يدل على الأفضلية ، ولكن فعله لما لم يقع إلا فى أشهر الحج كان ظاهرا أنه أفضل إذ لم يكن الله سبحانه وتعالى يختار لنبيه إلا ما هو الأفضل ، أو أن رمضان أفضل بتنصيصه صلى الله عليه وسلم على ذلك . وتركه لذلك لاقترانه بأمر يخصه كاشتغاله بعبادات أخرى فى رمضان تبتلا وألا يشق على أمته ، فإنه لو اعتمر فيه لخرجوا معه ولقد كان بهم رحيما ، وقد أخبر فى بعض العبادات أن تركه لها لئلا يشق عليهم مع محبته له كالقيام فى رمضان بهم ومحبته لأن يسقى بنفسه مع سقاة زمزم ثم تركه كى لايغلبهم الناس على سقايتهم ، ولم يعتمر عليه الصلاة والسلام فى السنة إلا مرة . وما ظنه بعضهم من حديث فى أبى داود عن عائشة رضى الله عنها « أن النبى صلى الله عليه وسلم اعتمر عمرتين عمرة فى ذى القعدة وعمرة فى شوّال » وليس المراد ذكر جميع ما اعتمر عليه الصلاة والسلام للعلم بأنه اعتمر أكثر . فكان المراد ذكر أنه وقع له ذلك فى سنة يجب أن يحكم فيه بالغلط ، فإنه قد تظافر قول عائشة وابن عباس وأنس وغيرهم على أنها أربع . ومعلوم أن الأولى كانت فى ذى القعدة عام الحديبية سنة ست ، ثم لم يعتمر إلا من قابل سنة سبع سوى التى فى ذى القعدة عمرة القضاء ، ثم لم يخرج إلى مكة حتى فتحها سنة ثمان فى رمضان ولم يعتمر فى دخوله فى الفتح ، ثم أخرج إلى حنين فى شوّال من تلك السنة ثم رجع منها فأحرم بعمرة فى ذى القعدة ، فمتى اعتمر فى شوّال ؟ والله سبحانه وتعالى أعلم ، ولا علم إلا ما علم (قوله والعمرة سنة) أى من أتى بها مرة فى العمرة فقد أقام السنة غير مقيد بوقت غير ماثبت النهى عنها فيه ، إلا أنها فى رمضان أفضل ، هذا إذا أفردها فلا ينافيه أن القران أفضل لأن ذلك أمر يرجع إلى الحج لا إلى العمرة . فالحاصل أن من أراد الإتيان بالعمرة على وجه أفضل فيها فى رمضان أو الحج على وجه أفضل فيه فبأن يقرن معه عمرة (قوله وقال الشافعى رحمه الله : فريضة) وقال محمد بن الفضل من مشايخ بخارى : فرض كفاية ، وقيل هى واجبة . وجه

كراهة العمرة يوم عرفة قبل الزوال وبعده . وقوله (والعمرة سنة) أى سنة مؤكدة . وقوله (ولأنها غير موقّتة بوقت وتتأدى بنية غيرها كما فى فائت الحج وهذه أمارة النفلية) استشكل بالإيمان وصلاة الجنازه فإنهما فرضان وليسا بموقّتين ، وبالصوم فإنه يتأدّى بنية غيره وهو فرض . وأجيب بأنا قد قلنا إن كل ماهو غير موقّت ونعنى بذلك ماهو غير موقّت بوقت معين من أوقات العمر إذا وقع فيه انتفى الفرضية ، والإيمان فرض دائم فلا يرد نقضا وصلاة الجنازة موقّتة بوقت حضورها ، وإن الكلام فيما يكون غير موقّت وصوم رمضان ليس كذلك . وأقول : منشأ هذا الاستشكال الذهول عن كلام المصنف ، فإنه جعل مجموع قوله ولأنها غير موقّتة بوقت وتتأدى بنية غيرها أمارة واحدة ، وأشار إلى ذلك بقوله وهذه أمارة النفلية وحينئذ لايرد عليه ذلك . أما الإيمان فلأنه لاغير

(قوله وصلاة الجنازة موقّتة الخ) أقول : وإذا استشكل بالجهاد إذا لم يكن النفير عاما لم يكن ماذكره فى صلاة الجنازة جوابا كما لايخفى

(قوله وإن الكلام فيما يكون غير موقت الخ) أقول : فلا يكون كل واحد منهما أمارة مستقلة .

وتأويل ما رواه أنها مقدرة بأعمال كالحج إذ لا تثبت الفرضية مع التعارض فى الآثار .

قول الشافعى رحمه الله ما رواه الحاكم فى المستدرك والدارقطنى عن زيد بن ثابت قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الحج والعمرة فريضتان لايضرك بأيهما بدأت » قال الحاكم : الصحيح عن زيد بن ثابت من قوله اهـ . وفيه إسماعيل بن مسلم المكى ضعفوه . قال البخارى : منكر الحديث . وقال أحمد : حذفنا حديثه ، ورواه البيهقى عن هشام بن حسان عن محمد بن سيرين موقوفا وهو الصحيح . وأخرج الدارقطنى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه « أن رجلا قال : يارسول الله ما الإسلام ؟ قال : أن تشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله ، وأن تقيم الصلاة ، وتؤتى الزكاة ، وأن تحج وتعتمر » قال الدارقطنى : إسناده صحيح . ورواه الحاكم فى كتابه المخرّج على صحيح مسلم . قال صاحب التنقيح : الحديث مخرج فى الصحيحين ليس فيه وتعتمر ، وهذه الزيادة فيها شذوذ ، وفيه أحاديث أخر لم تسلم من ضعف أو عدم دلالة . وأخرج الحاكم أيضا عن ابن عمر : « ليس أحد من خلق الله تعالى إلا وعليه حجة وعمرة واجبتان على من استطاع إلى ذلك سبيلا » وعلقه البخارى . وأخرج عن ابن عباس : « الحج والعمرة فريضتان على الناس كلهم إلا أهل مكة فإن عمرتهم طوافهم ، فليخرجوا إلى التنعيم ثم ليدخلوها » الحديث ، وقال على شرط مسلم . وقال البيهقى : قال الشافعى رحمه الله فى مناظرة : من أنكر عليه القول بوجوب العمرة أشبه بظاهر القرآن لأنه قرنها بالحج . ولنا ما أخرجه الترمذى عن حجاج بن أرطاة عن محمد ابن المنكدر عن جابر رضى الله عنه قال « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن العمرة أواجبة هى ؟ قال لا ، وأن تعتمر فهو أفضل » قال الترمذى : حديث حسن صحيح ، هكذا وقع فى رواية الكرخى ، ووقع فى رواية غيره : حديث حسن لاغير . قيل هو الصحيح ، فإن الحجاج بن أرطاة هذا فيه مقال . وقد ذكرنا فى باب القران ما فيه وأنه لاينزل به عن كون حديثه حسنا والحسن حجة اتفاقا . وإن قال الدارقطنى إن الحجاج بن أرطاة لايحتج به فقد اتفقت الرواة عن الترمذى على تحسين حديثه هذا ، وقد رواه ابن جريج عن محمد بن المنكدر عن جابر ، وأخرجه الطبرانى فى الصغير والدارقطنى بطريق آخر عن جابر فيه يحيى بن أيوب وضعفه . وروى عبد الباقى ابن قانع عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الحج جهاد والعمرة تطوع » وهو أيضا حجة . وقول ابن حزم إنه مرسل رواه معاوية بن إسحاق عن أبى صالح ماهان الحنفى عنه عليه الصلاة والسلام ، وتضعيف عبد الباقى وماهان اعترضه الشيخ تقى الدين فى الإمام بأن عبد الباقى بن قانع من كبار الحفاظ وباقى الإسناد ثقات ،

ثمة حتى يتأدى بنيته إذ هو لايتنوع إلى فرض ونفل وكذلك صلاة الجنازة ، وأما صوم رمضان فلأنه موقت بوقت معين . وقوله (وتأويل ما رواه) يعنى قوله عليه الصلاة والسلام « العمرة فريضة » (أنها مقدرة بأعمال كالحج أو لاتثبت الفرضية مع التعارض فى الآثار) فإن ما روى يدل على الفرضية وما رويناه على كونها سنة ، وإذا تعارضت الآثار لاتثبت الفرضية لأنها لاتثبت إلا بدليل مقطوع به . فإن قيل : هو ثابت بقوله تعالى ـ وأتموا الحج والعمرة لله ـ عطف العمرة على الحج ، والحج فريضة ، وأمر بالإتمام والأمر للوجوب . أجيب بأن القران فى النظم لايوجب

(قال المصنف : أو لا تثبت الفرضية مع التعارض فى الآثار) أقول : وفى بعض النسخ : إذ لاتثبت ولايظهر له معنى صحيح ، وماقاله الإتقانى فى شرحه تعليل لقوله مقدرة بأعمال كالحج ، وهذا لأن الأصل فى الدلائل المتعارضة الجمع بينها إذا أمكن اهـ فى غاية السخافة ، فإن عدم ثبوت الفرضية مع التعارض أمر ، وكون الأصل فى النصوص المتعارضة الجمع أمر آخر لايصلح الثانى شرحا للأول كما لايخفى على من يتأمل .

قال (وهى الطواف والسعى) وقد ذكرناه فى باب التمتع . والله أعلم .

مع أن المرسل حجة عندنا . وإنما كلامنا على التنزل . قال : وتضعيف ماهان غير صحيح . فقد وثقه ابن معين وروى عنه جماعة مشاهير وذكرهم . وقد روى أيضا من حديث ابن عباس وفى سنده مجاهيل . وروى ابن ماجه عن طلحة بن عبيد الله أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « الحج جهاد والعمرة تطوّع » وفيه عمرو بن قيس . قال فى الإمام : متكلم فيه اهـ . وهذا القدر لايخرج حديثه عن الحسن فلا ينزل عن مطلق الحجية . وأخرج ابن أبى شيبة من حديث أبى أسامة عن سعيد بن أبى عروبة عن أبى معشر عن إبراهيم قال : قال عبد الله بن مسعود رضى الله عنه : « الحج فريضة والعمرة تطوّع » وكفى بعبد الله قدوة . فبعد إرخاء العنان فى تحسين حديث الترمذى تعدّد طرقه يرفعه إلى درجة الصحيح على ماحققناه . كما أن تعدد طرق الضعيف يرفعه إلى الحسن لضعف الاحتمال بها ، وقد تحقق ذلك فقام ركن المعارضة ، والافتراض لايثبت مع المعارضة لأن المعارضة تمنعه عن إثبات مقتضاه . ولا يخفى أن المراد من قول الشافعى رحمه الله الفرض الظنى وهو الوجوب عندنا . ومقتضى ماذكرناه أن لايثبت مقتضى ما رويناه أيضا للاشتراك فى موجب المعارضة . فحاصل التقرير حينئذ تعارض مقتضيات الوجوب والنفل فلا يثبت ويبقى مجرد فعله صلى الله عليه وسلم وأصحابه والتابعين وذلك يوجب السنية فقلنا بها ، والله سبحانه وتعالى أعلم . ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم .

[فروع] وإن استفيد شىء منها مما تقدم فإنى لا أكره تكرارها ، فإن تعدد المواقع يوسع باب الوجدان وهو المقصود . إحرام فائت الحج حال التحلل بالعمرة إحرام الحج عند أبى حنيفة ومحمد . وعند أبى يوسف رحمه الله يصير إحرام عمرة ، وعند زفر المفعول أيضا أفعال الحج من الطواف والسعى لأنه حين عجز عن الكل فإنه يتحلل بما يقدر عليه . الثابت شرعا التحلل بعد الوقوف لا قبله ، ولا تحلل إلا بطواف بعد فوات وقت الوقوف ، فلو قدم محرم بحجة فطاف وسعى ثم خرج إلى الربذة [1] مثلا فأحصر بها حتى فاته الحج فعليه أن يحل بعمرة . ولا يكفيه طواف التحية والسعى فى التحلل حتى لو كان قارنا ، والمسئلة بحالها لايجب عليه قضاء عمرته التى قرنها لأنه أداها . وإن كان قارنا ولم يطف شيئا حتى فاته يطوف الآن لعمرته لأنها لاتفوت ويسعى . ولا يقطع التلبية عندها وإنما يقطعها إذا أخذ فى الطواف الذى يتحلل به عن الإحرام فى الحج . ومن فاته الحج فمكث حراما حتى دخلت أشهر الحج من قابل فتحلل بعمرة ثم حج من عامه ذلك لايكون متمتعا . وهذا مما يدل على أن إحرام حجه باق . إذ لو انقلب إحرام عمرة كان متمتعا إذ لايمنع من التمتع تقدم إحرام العمرة على أشهر الحج بعد أن أوقع أفعالها فى أشهر الحج . وليس لفائت الحج أن يحج بذلك الإحرام وإن قلنا ببقائه إحرام حج ، حتى لو مكث محرما إلى قابل لم يفعل أفعال عمرة التحلل وأراد أن يحج ليس له ذلك لأن موجب إحرام حجه تغير شرعا بالفوات فلا يترتب عليه غير موجبه ، فلا يتمكن أبو يوسف فى الاستدلال بهذا على صيرورتها إحرام عمرة . ولا فرق فى وجوب

القران فى الحكم ، والأمر إنما هو بالإتمام ، والإتمام إنما يكون بعد الشروع ، ونحن نقول به وإن كانت فى الابتداء سنة . وقوله (وهى الطواف والسعى) ظاهر .

---

(١) الربذة : بالذال المعجمة بعد الموحدة كما فى كتب اللغة ومعجم ياقوت ، لا كما وقع فى بعض نسخ الفتح من ضبطها بالدال المهملة فليحذر كتبه مصححه .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

(باب الحج عن الغير)

الأصل فى هذا الباب أن الإنسان له أن يجعل ثواب عمله لغيره صلاة أو صوما أو صدقة أو غيرها عند أهل السنة والجماعة ، لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام « أنه ضحى بكبشين أملحين أحدهما عن نفسه

التحلل بعمرة بين كون الفوات حال الصحة أو بعد مافسد بالجماع ، ولو فاته الحج فأهلّ بأخرى طاف للفائتة وسعى ورفض التى أدخلها ، لأنه قبل التحلل بالعمرة جامع بين إحرامى حجتين ، وعليه فيها ما على الرافض ، ولو نوى بهذه التى أهل بها قضاء الفائتة لم يلزمه بهذا الإهلال شىء سوى التى هو فيها لأن إحرامه بعد الفوات باق ، ونية إيجاد ماهو موجود لغو فيتحلل بالطواف والسعى ويقضى الفائت فقط ، فلو كان أهلّ بعمرة رفضها أيضا لأنه جامع بين عمرتين إحراما على قول أبى يوسف وعملا على قولهما . ولو أهل رجل بحجتين فقدم مكة وقد فاته الحج تحلل بعمرة واحدة لا بعمرتين لأنه بالترك والشروع رفض إحداهما ، والتحلل بالعمرة إنما يجب لغير مارفض وذلك واحدة .

(باب الحج عن الغير)

إدخال اللام على غير غير واقع على وجه الصحة بل هو ملزوم الإضافة ، ولما كان الأصل كون عمل الإنسان لنفسه لا لغيره قدم ماتقدم (قوله أن يجعل ثواب عمله لغيره صلاة أو صوما عند أهل السنة والجماعة) لايراد به أن الخلاف بيننا وبينهم فى أن له ذلك أو ليس له كما هو ظاهره ، بل فى أنه ينجعل بالجعل أولا بل يلغو جعله (قوله أو غيرها) كتلاوة القرآن والأذكار (قوله عند أهل السنة والجماعة) ليس المراد أن المخالف لما ذكر خارج عن أهل السنة والجماعة ، فإن مالكا والشافعى رضى الله عنهما لايقولان بوصول العبادات البدنية المحضة كالصلاة والتلاوة بل غيرها كالصدقة والحج ، بل المراد أن أصحابنا لهم كمال الاتباع والتمسك ماليس لغيرهم ، فعبر عنهم باسم أهل السنة فكأنه قال عند أصحابنا غير أن لهم وصفا عبر عنهم به . وخالف فى كل العبادات المعتزلة وتمسكوا بقوله تعالى ـ وأن ليس للإنسان إلا ما سعى ـ وسعى غيره ليس سعيه ، وهى وإن كانت مسوقة قصا لما

(باب الحج عن الغير)

لما كان الأصل فى التصرفات أن تقع عمن تصدر منه كان الحج عن الغير خليقا بأن يؤخر فى باب على حدة واعلم أن من صلى أو صام أو تصدّق فجعل ثواب ذلك لغيره جاز عند أهل السنة والجماعة . وقال بعض أهل العلم : لايجوز لقوله تعالى ـ وأن ليس للإنسان إلا ما سعى ـ وهذا ليس من سعيه ، ولأن الثواب هو الجنة وليس لأحد تمليكها لغيره لأنه ليس بمالك لها . وقلنا : لما جعل سعيه للغير صار سعيه كسعى الغير ، وله ولاية أن يصير ساعيا لغيره وأن يجعل استحقاقه للجنة لغيره . وإذا ظهر هذا فقوله (الأصل فى هذا أن الإنسان له أن يجعل ثواب عمله) إشارة إلى أن ثواب الحج للآمر بجعل المأمور كذلك ، وأما نفس الحج هل يقع عن الآمر أو عن المأمور فيذكر بعيد هذا ماهو ظاهر الرواية وغيره . وقوله (بكبشين أملحين) يقال كبش أملح فيه ملحة : وهى بياض

(باب الحج عن الغير)

(قوله وقلنا لما جعل سعيه للغير صار سعيه كسعى الغير الخ) أقول : وأنت خبير بأنه لايسند السعى إلى ذلك الغير إذا سعى أحد له فلم يحصل الجواب .

والآخر عن أمته ممن أقرّ بوحدانية الله تعالى وشهد له بالبلاغ ،جعل تضحية إحدى الشاتين لأمته . والعبادات أنواع : مالية محضة كالزكاة ،وبدنية محضة كالصلاة ،ومركبة منهما كالحج ،والنيابة تجرى فى النوع الأول فى حالتى الاختيار والضرورة

فى صحف إبراهيم وموسى عليهما السلام فحيث لم يتعقب بإنكار كان شريعة لنا على ماعرف . والجواب أنها وإن كانت ظاهرة فيما قالوه لكن يحتمل أنها نسخت أو مقيدة . وقد ثبت مايوجب المصير إلى ذلك وهو مارواه المصنف وما فى الصحيحين « أنه صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أملحين أحدهما عن نفسه والآخر عن أمته » . والملحة بياض يشوبه شعرات سود . وفى سنن ابن ماجه بسنده عن عائشة وأبى هريرة رضى الله عنهما « أنه صلى الله عليه وسلم كان إذا أراد أن يضحى يشترى كبشين عظيمين سمينين أقرنين أملحين موجوءين . فذبح أحدهما عن أمته ممن شهد لله بالوحدانية وله بالبلاغ ، وذبح الآخر عن محمد وآل محمد » ورواه أحمد والحاكم والطبرانى فى الأوسط عن أبى هريرة رضى الله عنه . وأخرج أبو نعيم فى ترجمة ابن المبارك عنه عن يحيى بن عبد الله عن أبيه سمعت أباهريرة يقول « ضحى رسول الله صلى الله عليه وسلم بكبشين أقرنين أملحين موجوءين فلما وجههما قال : ـ إنى وجهت وجهى ـ الآية . اللهم لك ومنك عن محمد وأمته ، باسم الله والله أكبر . ثم ذبح » ورواه الحاكم وقال : صحيح على شرط مسلم بنقص فى المتن . ورواه ابن أبى شيبة عن جابر « أنه صلى الله عليه وسلم أتى بكبشين أملحين عظيمين أقرنين موجوءين ، فأضجع أحدهما وقال : بسم الله والله أكبر . اللهم عن محمد وآل محمد ، ثم أضجع الآخر وقال : باسم الله والله أكبر ، اللهم عن محمد وأمته ممن شهد لك بالتوحيد وشهد لى بالبلاغ » وكذا رواه إسحاق وأبو يعلى فى مسنديهما. وروى هذا المعنى من حديث أبى رافع رواه أحمد وإسحاق والطبرانى والبزار والحاكم . ومن حديث حذيفة بن أسيد الغفارى أخرجه الحاكم فى الفضائل . ومن حديث أبى طلحة الأنصارى رواه ابن أبى شيبة ومن طريقه رواه أبو يعلى والطبرانى . ومن حديث أنس بن مالك رواه ابن أبى شيبة أيضا والدارقطنى ، فقد روى هذا عن عدة من الصحابة وانتشرت مخرجوه . فلا يبعد أن يكون القدر المشترك وهو أنه ضحى عن أمته مشهورا يجوز تقييد الكتاب به بما لم يجعله صاحبه . أو ننظر إليه وإلى ماروه الدارقطنى « أن رجلا سأله صلى الله عليه وسلم فقال : كان لى أبوان أبرهما حال حياتهما فكيف لى ببرهما بعدموتهما ؟ فقال له صلى الله عليه وسلم : إن من البرّ بعدالموت أن تصلى لهما مع صلاتك . وتصوم لهما مع صيامك » وإلى مارواه أيضا عن على عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « من مر على المقابر وقرأ ـ قل هوالله أحد إحدى عشرة مرة ثم وهب أجرها للأموات أعطى من الأجر بعدد الأموات » وإلى ما عن أنس أنه سأله صلى الله عليه وسلم فقال « يارسول الله إنا نتصدق عن موتانا ونحج عنهم وندعو لهم فهل يصل ذلك إليهم ؟ قال نعم . إنه ليصل إليهم وإنهم ليفرحون به كما يفرح أحدكم بالطبق إذا أهدى إليه » رواه أبو حفص الكبير العكبرى . وعنه صلى الله عليه وسلم « اقرءوا على موتاكم يس » رواه أبوداود . فهذه الآثار وماقبلها ومافى السنة أيضا من نحوها عن كثير قد تركناه لحال الطول يبلغ القدر المشترك بين الكل . وهو أن من جعل شيئا من الصالحات لغيره نفعه الله به مبلغ

يشوبه شعرات سود وهى من لون الملح ، وكلامه واضح . وقوله (فى حالتى الاختيار والضرورة) أى حالة

(قال المصنف : والآخر عن أمته من اقر بوحدانية الله تعالى وشهد له بالبلاغ) أقول : احتراز عن أمة الدعوة .

لحصول المقصود بفعل النائب ، ولا تجرى فى النوع الثانى بحال لأن المقصود وهو إتعاب النفس لايحصل به ، وتجرى فى النوع الثالث عند العجز للمعنى الثانى وهو المشقة بتنقيص المال ، ولا تجرى عند القدرة لعدم إتعاب النفس ،والشرط العجز الدائم إلى وقت الموت لأن الحج فرض العمر ،وفى الحج النفل تجوز الإنابة حالة القدرة لأن باب النفل أوسع ،ثم ظاهر المذهب أن الحج يقع عن المحجوج عنه

التواتر ، وكذا ما فى كتاب الله تعالى من الأمر بالدعاء للوالدين فى قوله تعالى ـ وقل ربّ ارحمهما كما ربيانى صغيرا ـ ومن الإخبار باستغفار الملائكة للمؤمنين قال تعالى ـ والملائكة يسبحون بحمد ربهم ويستغفرون لمن فى الأرض ـ وقال تعالى فى آية أخرى ـ الذين يحملون العرش ومن حوله يسبحون بحمد ربهم ويؤمنون به ويستغفرون للذين آمنوا ـ وساق عبارتهم ـ ربنا وسعت كل شىء رحمة وعلما فاغفر للذين تابوا واتبعوا سبيلك ـ إلى قوله ـ وقهم السيئات ـ قطعى فى حصول الانتفاع بعمل الغير فيخالف ظاهر الآية التى استدلوا بها ، إذ ظاهرها أنه لاينفع استغفار أحد لأحد بوجه من الوجوه لأنه ليس من سعيه فلا يكون له منه شىء فقطعنا بانتفاء إرادة ظاهرها على صرافته فتتقيد بما لم يهبه العامل وهوأولى من النسخ ، أما أوّلا فلأنه أسهل إذ لم يبطل بعد الإرادة ، وأما ثانيا فلأنها من قبيل الإخبارات ولا يجرى النسخ فى الخبر ، وما يتوهم جوابا من أنه تعالى أخبر فى شريعة إبراهيم وموسى عليهما السلام أن لا يجعل الثواب لغير العامل ثم جعله لمن بعدهم من أهل شريعتنا حقيقة مرجعه إلى تقييد الإخبار لا إلى النسخ إذ حقيقته أن يراد المعنى ثم ترفع إرادته ، وهذا تخصيص بالإرادة بالنسبة إلى أهل تلك الشرائع ولم يقع نسخ لهم ، ولم يرد الإخبار أيضا فى حقنا ثم نسخ . وأما جعل اللام فى للإنسان بمعنى على فبعيد من ظاهرها ومن سياق الآية أيضا ، فإنها وعظ للذى تولى وأعطى قليلا وأكدى ، وقد ثبت فى ضمن إبطالنا لقول المعتزلة انتفاء قول الشافعى ومالك رحمهما الله فى العبادات البدنية بما فى الآثار ، والله سبحانه هو الموفق (قوله لحصول المقصود)

الصحة والمرض (لحصول المقصود) وهى إيصال النفع إلى الفقراء . وقوله (لايحصل به) أى بفعل النائب . وقوله (وهى المشقة بتنقيص المال) يعنى أن المرء كما تلحقه المشقة عند فعله بنفسه تلحقه أيضا عند فعل غيره إذا كان بماله (والشرط العجز الدائم إلى وقت الموت لأن الحج فرض العمر) وما هو كذلك لايتعين بوقت معين ، وكلتا المقدمتين ظاهرة ، فالحج لايتعين بوقت معين ، فإن لم يكن العجز دائما وقد أحج عن نفسه ثم زال عنه العجز كان قادرا على أصله فى وقته وذلك يبطل النيابة . فإن قيل : القدرة على الأصل تبطل الخلف قبل حصول المقصود بالخلف وقد حصل المقصود بالخلف وهو حصول المشقة بتنقيص المال . فالجواب أنا لم نسلك فى هذه المسئلة مسلك الأصل والخلف . وإنما قلنا بأن الحج مركب من أمرين : أحدهما يحتمل النيابة والآخر لايحتملها ، فعملنا بأحدهما عند القدرة فلم نجوز النيابة وبالآخر عند العجز فجوزناها ، لكن شرطنا لكونه وظيفة العمر أن يكون العجز دائما لما مر . واعترض بأن كونه وظيفة العمر لايصلح دليلا على اشتراط العجز الدائم لتخلفه عنه فإنه شرط لجواز الفدية للشيخ الفانى عن الصوم والصوم ليس وظيفة العمر . والجواب أن الدليل يستلزم المدلول ولا ينعكس ،فكل ما كان وظيفة العمر يشترط فيه العجز الدائم ، ولا يلزم أن كل ما يشترط فيه العجز الدائم

(قوله فالجواب أنا لم نسلك فى هذه المسئلة مسلك الأصل والخلف) أقول : مسلك الأصل والخلف طريق مسلوك للأصحاب إذا سلك هنا فما وجه سد الباب ؟ (قوله لايصلح دليلا على اشتراط العجز الدائم لتخلفه عنه فإنه شرط لجواز الخ) أقول : ضمير فإنه راجع إلى العجز (قوله والجواب أن الدليل يستلزم المدلول الخ) أقول : أى نوعه .

وبذلك تشهد الأخبار الواردة فى الباب كحديث الخثعمية فإنه صلى الله عليه وسلم قال فيه « حجى عن أبيك واعتمرى » وعن محمد رحمه الله : أن الحج يقع عن الحاج ، وللآمر ثواب النفقة لأنه عبادة بدنية ، وعند العجز أقيم

المقصود الأصلى من التكاليف الابتلاء ليظهر من المكلف ماسبق العلم الأزلى بوقوعه منه من الامتثال بالصبر على ما أمر به تاركا هوى نفسه لإقامة أمر ربه سبحانه وتعالى فيثاب . أو المخالفة فيعفى عنه . أو يعاقب فتتحقق بذلك آثار صفاته تعالى ـ فإنه تعالى اقتضت حكمته الباهرة وكمال فضله وإحسانه أن لا يعذب بما علم أنه سيقع من المخالفة قبل ظهوره عن اختيار المكلف . ثم من التكاليف العبادات وهى بدنية ومالية ومركبة منهما ، والمشقة فى البدنية تقيد الجوارح والنفس بالأفعال المخصوصة فى مقام الخدمة . وفى المالية فى تنقيص المال المحبوب للنفس ، وفيها مقصود آخر وهو سدّ خلة المحتاج ، والمشقة فيها ليس به بل بالتنقيص فكل ماتضمن المشقة لايخرج عن عهدته إلا بفعله بنفسه إذ بذلك يتحقق مقصود الابتلاء والاختبار فلذا لم تجز النيابة فى البدنية لأن فعل غيره لا يتحقق به الإشقاق على نفسه بمخالفة هواها بالصبر عليه . وأما المالية فما فيه المشقة من أحد مقصود بها وهو تنقيص المال بإخراجه لم تجز فيه النيابة ولا يقوم به غيره إذ لابد من إذنه . والواقع من النائب ليس إلا المناولة للفقير ، وبه يحصل المقصود الآخر الذى هو من حيث هو لا مشقة به على المالك . وعلى هذا كان مقتضى القياس أن لاتجرى النيابة فى الحج لتضمنه المشقتين البدنية والمالية ، والأولى لم تقم بالآمر لكنه تعالى رخص فى إسقاطه بتحمل المشقة الأخرى : أعنى إخراج المال عند العجز المستمر إلى الموت رحمة وفضلا ، وذلك بأن يدفع نفقة الحج إلى من يحج عنه ، بخلاف حال القدرة فإنه لم يعذره لأن تركه فيها ليس إلا لمجرد إيثار راحة نفسه على أمر ربه ، وهو بهذا يستحق العقاب لا التخفيف فى طريق الإسقاط وإنما شرط دوامه إلى الموت لأن الحج فرض العمر ، فحيث تعلق به خطابه لقيام الشروط وجب عليه أن يقوم هو بنفسه فى أوّل أعوام الإمكان ، فإذا لم يفعل أثم وتقرر القيام بها بنفسه فى ذمته فى مدة عمره وإن كان غير متصف بالشروط ، فإذا عجز عن ذلك بعينه وهو أن يعجز عنه فى مدة عمره رخص له الاستنابة رحمة وفضلا منه ، فحيث قدر عليه وقتا ما من عمره بعد ما استناب فيه لعجز لحقه

تكون وظيفة العمر . وقوله (وفى الحج النفل تجوز الإنابة) ظاهر (ثم ظاهر المذهب أن الحج يقع عن المحجوج عنه) يعنى الآمر (وبذلك تشهد الأخبار الواردة فى هذا الباب) فإنه صلى الله عليه وسلم قال للخثعمية حين قالت «إن أبى شيخ كبير لا يستطيع أن يستمسك على الراحلة أفجزينى أن أحج عنه ؟ قال : نعم حجى عن أبيك واعتمرى » وعن محمد أن الحج يقع عن الحاج) يعنى المأمور (وللآمر ثواب النفقة) وصار إنفاق المأمور

(قوله فإنه صلى الله عليه وسلم قال للخثعمية إلى قوله : حجى عن أبيك) أقول : قوله حجى عن أبيك واعتمرى مقول قول النبى صلى الله عليه وسلم (قال المصنف : ثم ظاهر المذهب أن الحج يقع عن المحجوج عنه الخ) أقول : قال الإمام التمرتاشى فى شرح الجامع الصغير : قال السرخسى هذه المسئلة تدل على أن الصحيح من المذهب فيمن يحج عن غيره أن أصل الحج يكون عن المحجوج عنه ، ولا يسقط به فرض الحج عن الحاج . وعن محمد للمحجوج عنه ثواب النفقة ، فأما الحج يكون عن الحاج ، وفى التفاريق عن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله مثله ، ولفظ الكتاب يوهم خلافه . وفى الكفاية ظاهر رواية الأصل أن الحج عن المحجوج عنه ، وفى شرح بكر عن الحاج على قول علمائنا . وقال الشافعى عن الآمر . وفى زيادات برهان قيل عن المحجوج عنه ، وإليه مال السرخسى رحمه الله ، وقيل عن الحاج وإليه مال بكر ، ولكن لا يسقط عنه فرض الحج فيكون نفلا منه لأن فرض الحج لا يتأدى إلا بنية الفرض أو بمطلق النية ولم توجد وإنما وجدت النية عن الآمر اهـ. قال الشارح أكمل الدين : قال شيخ الإسلام : إلى هذا القول مال عامة المتأخرين اهـ. وقال العلامة الزيلعى : والصحيح الأول ، ولهذا لا يسقط به الفرض عن المأمور وهو الحاج اهـ .

. . . .

ظهر انتفاء شرط الرخصة ، فلذا لو أحج عنه غيره لمرض يرجى زواله أولا ، أو كان محبوسا كان أمره مراعى إن استمر بذلك المانع حتى مات ظهر أنه وقع مجزيا ، وإن عوفى أو خلص من السجن ظهر أنه لم يقع مجزيا وظهر وجوب المباشرة بنفسه ، ولو أحج صحيح غيره ثم عجز لايجزيه ، كذا فى فتاوى قاضيخان وهو الصحيح لأنه أذن قبل وجود سبب الرخصة . ولا يتخايل خلاف هذا مما فى الفتاوى أيضا ، قال : إذا قال رجل لله علىّ ثلاثون حجة فأحج عنه ثلاثين نفسا فى سنة واحدة ، إن مات قبل أن يجىء وقت الحج جاز عن الكل لأنه لم تعرف قدرته بنفسه عند مجىء وقت الحج فجاز ، وإن جاء وقت الحج وهو يقدر بطلت حجة لأنه يقدر بنفسه عليها فانعدم شرط صحة الإحجاج فى هذه السنة . وعلى هذا كل سنة تجىء وفيها المرأة إذا لم تجد محرما لاتخرج إلى الحج إلى أن تبلغ الوقت الذى تعجز عن الحج فيه فحينئذ تبعث من يحج عنها ، أما قبل ذلك فلا يجوز لتوهم وجود المحرم ، فإن بعثت رجلا إن دام عدم وجود المحرم إلى أن ماتت فذلك جائز كالمريض إذا أحج عنه رجلا ودام المرض إلى أن مات . واعلم أن ماتقدم فى أول كتاب الحج من كون شرط الإحجاج عن الفريضة مجىء الوقت وهو قادر فلا يحج حتى يعرض المانع ويدوم إلى الموت ، فلو أوصى قبل الوقت فات لايصح . وقدمنا من اختلاف زفر ويعقوب فى نصرانى أسلم أو صبى بلغ فات قبل إدراك الوقت وأوصيا بحجة الإسلام أن الوصية باطلة على قول زفر لما قلنا ، وجائزة على قول أبى يوسف لأن السبب تقرر فى حقهما والوقت شرط الأداء ، وفيه نظر أولا فى كونه شرط الأداء بل هو شرط الوجوب . والسبب وإن كان هو البيت لكن الموصى به ليس مطلق الحج ليلزم الورثة إن وسع الثلث بل الحج الفرض وقد تحققنا عدمه عليهما إلى أن ماتا ، فقول زفر أنظر . وفى البدائع : لو كان فقيرا صحيح البدن لايجوز حج غيره عنه لأن المال شرط الوجوب ، فإذ لا مال لا وجوب فلا ينوب عنه غيره فى أداء الواجب ولا واجب حينئذ ، وهذا يؤيد ماذكرناه ، والله سبحانه أعلم . أما الحج النفل فلا يشترط فيه العجز لأنه لم يجب عليه واحدة من المشقتين ، فإذا كان له تركهما كان له أن يتحمل إحداهما تقرّبا إلى ربه عز وجل فله الاستنابة فيه صحيحا . ثم إن وجوب الإيصاء إنما يثبت ابتداء إذا كان صحيح البدن عند أبى حنيفة رحمه الله ، فمن لم يكن صحيحه لم يتعلق به فلا يجب عليه الإحجاج . وعندهما إذا كان له مال تعلق به وإن كان زمنا أو مفلوجا على ماسلف من أن من الشرائط عنده صحة الجوارح خلافا لهما ، وأسلفنا فى أول كتاب الحج أن قولهما رواية الحسن عنه وأنها أوجه وذكرنا الوجه ثمة فليراجع . ثم اختلف فى أن نفس الحج يقع عن الآمر أو عن المأمور . فعن محمد عن المأمور بناء على أنه أقيم الإنفاق على الحاج مقام نفس الفعل شرعا كالشيخ الفانى حيث أقيم الإطعام فى حقه مقام الصوم ، قالوا : إن بعض الفروع ظاهرة فى هذا وسيأتى وعليه جمع من المتأخرين صدر الإسلام والإسبيجابى وقاضيخان ، حتى نسب شيخ الإسلام هذا لأصحابنا فقال على قول أصحابنا : أصل الحج عن المأمور . ومختار شمس الأئمة السرخسى وجمع من المحققين أنه يقع عن الآمر وهو ظاهر المذهب ، ويشهد بذلك الآثار من السنة ومن المذهب بعض الفروع . فمن الآثار حديث الخثعمية . وهو « أن امرأة من خثعم قالت : يارسول الله إن فريضة الله فى الحج على عباده أدركت أبى شيخا كبيرا لايثبت على الراحلة أفأحج عنه ؟ قال نعم » متفق عليه ،

كالإنفاق الآمر بنفسه ، ولكن يسقط أصل الحج عن الآمر لأنه عبادة بدنية حصل العجز عن فعله ، وكل ماكان كذلك قام الإنفاق فيه مقام الفعل كما فى الشيخ الفانى ، فإنه لما عجز عن الصوم قامت الفدية مقام الصوم .

. . . .

فقد أطلق على فعلها الحج كونه عنه ، وكذا قوله للرجل « حج عن أبيك واعتمر » رواه أبوداود والنسائى والترمذى وصححه . وأما الفروع فإن المأمور لا يسقط عنه حجة الإسلام بهذه الحجة ، فلو كانت عنه لسقطت ، إذ الفرض أن حجة الإسلام تتأدى بإطلاق النية وتلغو الجهة على ذلك التقدير ، وفيه تأمل . ولم يستدل فى البدائع بعد حديث الخثعمية سوى باحتياج النائب إلى إسناد الحج إلى المحجوج عنه فى النية ، ولو لم يقع نفس الحج عن الآمر لم يحتج إلى نيته . واعلم أن شرط الإجزاء كون أكثر النفقة من مال الآمر ، والقياس كون الكل من ماله إلا أن فى التزام ذلك حرجا بينا لأن الإنسان لا يستصحب المال ليلا ونهارا فى كل حركة ، وقد يحتاج إلى شربة ماء وكسرة خبز فى بغتة فأسقطنا اعتبار القليل استحسانا واعتبرنا الأكثر إذ له حكم الكل ، فإن أنفق الأكثر أو الكل من مال نفسه وفى المال المدفوع إليه وفاء لحجه رجع به فيه ، إذ قد يبتلى بالإنفاق فى مال نفسه لبغتة الحاجة ولا يكون المال حاضرا فيجوز ذلك ، كالوصى والوكيل يشترى لليتيم ويعطى الثمن من مال نفسه ثم يرجع به فى مال اليتيم ، وحينئذ لا يشكل مافى الكافى للحاكم الشهيد لو قال : أحجوا فلانا حجة ولم يقل عنى ولم يسم كم يعطى ؟ قال : يعطى قدر مايحج به ، وله أن لايحج به إذا أخذه ويصرفه إلى حاجة أخرى . قال فى المبسوط لأنه لما أمر بذلك إنما جعل الحج عيارا لما أوصى له به من المال ، ثم أشار عليه أن يحج به عن نفسه فكانت الوصية صحيحة ومشورته غير ملزمة ، فإن شاء حج وإن شاء لم يحج اه . والحاصل أنه إنما أوصى له بمال يبلغ أن يحج به . وفى غريب الرواية للسيد الإمام ابن شجاع : رجل أوصى بأن يحج عنه فحج عنه ابنه ليرجع فى التركة ، فإنه يجوز كالدين إذا قضاه من مال نفسه . ولو حج على أن لا يرجع لا يجوز عن الميت ، ويتخايل خلافه . فى عيون المسائل قال : إذا أوصى أن يحج عنه بعض ورثته فأجاز سائر الورثة وهم كبار جاز ، وإن كانوا صغارا أو غيبا كبارا لم يجز لأن هذا يشبه الوصية للوارث بالنفقة فلا تجوز إلا بإجازة الورثة اه فيحمل الأول على ما إذا أمره باقى الورثة بذلك . والنفقة المشروطة ماتكفيه لذهابه وإيابه لأنه فى ذلك عامل للميت . ولو توطن مكة بعد الفراغ خمسة عشر يوما بطلت نفقته فى مال الميت لأنه توطن حينئذ لحاجة نفسه ، بخلاف ما إذا أقام أقل فإنه مسافر على حاله . وقال بعض المشايخ : إذا أقام أكثر من ثلاث فهى فى مال نفسه لتحقق الحاجة إلى الثلاث للاستراحة لا للأكثر قالوا : هذا فى زمانهم ، إذ كان يقدر على الخروج متى شاء ، أما فى زماننا فلا إلا مع الناس ، فعلى هذا إذا كان مقامه بمكة أو غيرها لانتظار قافلته فنفقته فى مال الميت وإن كان أكثر من خمسة عشر يوما لأنه لا يقدر على الخروج إلا معهم فلم يكن متوطنا لحاجة نفسه ، فإن أقام بعد خروجها فنفقته فى مال نفسه ، فإن بدا له بعد ذلك أن يرجع رجعت نفقته فى مال الميت لأنه كان استحق نفقة الرجوع فى مال الميت ، فهو كالناشزة إذا عادت إلى المنزل . والمضارب إذا أقام فى بلدته أو بلدة أخرى خمسة عشر يوما لحاجة نفسه لم ينفق من مال المضاربة ، فإن خرج مسافرا بعد ذلك عادت فيه . وقد روى عن أبى يوسف أنه لا تعود نفقته فى مال الميت لأنه فى الرجوع عامل لنفسه لا للميت ، لكنا قلنا : إن أصل سفره كان للميت فما بقى ذلك السفر بقيت النفقة كذا فى المبسوط . وذكر غير واحد من غير ذكر خلاف أنه إن نوى الإقامة خمسة عشر يوما سقطت ، فإن عاد عادت ، وإن توطنها سواء قل أو كثر لا تعود . وهذا يفيد أن التوطن غير مجرد نية الإقامة خمسة عشر يوما . والظاهر أن معناه أن يتخذها وطنا ،

فإن قيل : الفدية ثبتت بالنص على خلاف القياس فلا يقاس عليها غيرها . فالجواب أنه ملحق بها بطريق الدلالة ، فإن

. . . .

ولا يجد في ذلك حدا فتسقط النفقة . ثم العود إنشاء سفر لحاجة نفسه ولو بعد يومين فلا يستحق به النفقة على الميت ، والله سبحانه أعلم.وصرح في البدائع بعد نقل الرواية عن أبي يوسف فقال : وهذا إذا لم يتخذ مكة دارا فأما إذا اتخذها دارا ثم عاد لاتعود النفقة بلا خلاف ، ولوكان أقام بها أياما من غير نية الإقامة قالوا : إن كانت إقامة معتادة لم تسقط ، وإن زاد على المعتاد سقطت ، ولو تعجل إلى مكة فهي في مال نفسه إلى أن يدخل عشر ذى الحجة فتصير في مال الآمر ، ولو سلك طريقا أبعد من المعتاد إن كان مما يسلكه الناس ففي مال الآمر وإلا ففي مال نفسه . ومادام مشغولا بالعمرة بعد الحج فنفقته في مال نفسه لأنه عامل لنفسه ، فإذا فرغ عادت في مال الميت ، ولو كان بدأ بالعمرة لنفسه ثم حج عن الميت قالوا : يضمن جميع النفقة لأنه خالف الأمر ، وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى. في فتاوى قاضيخان : لو ضاعت النفقة بمكة أو بقرب منها أو لم تبق : يعني فنيت فأنفق من مال نفسه كان له أن يرجع في مال الميت وإن فعله بغير قضاء . لأنه لما أمره بالحج فقد أمره بأن ينفق عنه ، ثم ذكر بعده بأسطر إذا قطع الطريق على المأمور وقد أنفق بعض المال في الطريق فمضى وحج وأنفق من مال نفسه يكون متبرعا فلا يسقط الحج عن الميت لأن سقوطه بطريق التسبب بإنفاق المال في كل الطريق ، ولا فرق في ذلك بين الصورتين سوى أنه قيد الأولى بكون ذلك الضياع بمكة أو قريبا منها ، لكن المعنى الذى علل به يوجب اتفاق الصورتين في الحكم وهو أن يثبت له الرجوع ، فإن لم يرجع وتبرع به ، إن كان الأقل جاز وإلا فهو ضامن لماله ، والمراد بالنفقة مايحتاج إليه من طعام ومنه اللحم وشرابه وثيابه وركوبه وثياب إحرامه ، وليس له أن يدعو أحدا إلى طعامه ولا يتصدق به ولا يقرض أحدا ولا يصرف الدراهم بالدنانير إلا لحاجة تدعو إلى ذلك ، ولا يشترى منها ماء الوضوء بل يتيمم ولا يدخل الحمام . وفي فتاوى قاضيخان : له أن يدخلها بالمتعارف : يعني من الزمان ، ويعطى أجرة الحارس من مال الآمر ، وله أن يخلط دراهم النفقة مع الرفقة ويودع المال . واختلف في شراء دهن السراج والادهان ، قيل لا ، وقيل يشترى دهنا يدهن به لإحرامه وزيتا للاستصباح ، ولا يتداوى منه ولا يحتجم ولا يعطى أجرة الحلاق إلا أن يوسع عليه الميت أو الوارث . وقياس ما في الفتاوى أن يعطى أجرة الحلاق ولا ينفق على من يخدمه إلا إذا كان ممن لايخدم نفسه ، وله أن يشترى دابة يركبها ومحملا وقربة وإداوة وسائر الآلات ومهما فضل من الزاد والأمتعة يرده على الورثة أو الوصي إلا أن يتبرع به الوارث أو أوصى له به الميت ، وهذا لأن النفقة لاتصير ملكا للحاج بالإحجاج وإنما ينفق في ذهابه وإيابه على حكم ملك الميت ، لأنه لو ملكه لكان بالاستئجار ، ولا يجوز الاستئجار على الطاعات . وعن هذا قلنا : لو أوصى أن يحج عنه ولم يزد على ذلك كان للوصي أن يحج عنه بنفسه ، إلا أن يكون وارثا أو دفعه إلى وارث ليحج فإنه لايجوز إلا أن يجيز الورثة وهم كبار . لأن هذا كالتبرع بالمال فلا يصح للوارث إلا بإجازة الباقين . ولو قال الميت للوصي : ادفع المال لمن يحج عني لم يجز له أن يحج بنفسه مطلقا . وإذا علم هذا فما في فتاوى قاضيخان من قوله : إذا استأجر المحبوس رجلا ليحج عنه حجة الإسلام جازت الحجة عن المحبوس إذا مات في الحبس وللأجير أجرة مثله مشكل ، لاجرم أن الذى في الكافي للحاكم الشهيد أبي الفضل في هذه المسئلة قال : وله نفقة مثله هي العبارة المحررة ، وزاد إيضاحها في المبسوط فقال : وهذه النفقة ليس يستحقها بطريق العوض بل بطريق الكفاية لأنه فرغ نفسه لعمل ينتفع المستأجر

الإنفاق إذا قام مقام الصوم وهو عبادة بدنية محضة فلأن يقوم مقام ماهو مركب من البدني والمالي أولى . قال

الإنفاق مقامه كالفدية فى باب الصوم. قال (ومن أمره رجلان بأن يحج عن كل واحد منهما حجة فأهل بحجة عنهما فهى عن الحاج ويضمن النفقة)

به ، هذا وإنما جاز الحج عنه لأنه لما بطلت الإجارة بقى الأمر بالحج فيكون له نفقة مثله . وإذا أراد أن يكون مافضل للمأمور من الثياب والنفقة يقول له : وكلتك أن تهب الفضل من نفسك وتقبضه لنفسك ، فإن كان على موت قال : والباقى منى لك وصية . وفى الفتاوى : لو حج المأمور بالحج ماشيا وأمسك مئونة الكراء كان ضامنا مال الميت والحج لنفسه لانصراف الأمر بالحج إلى المتعارف وهو بالزاد والراحلة . ولو أوصى أن يعطى بعيره هذا إلى رجل يحج عنه فأكراه الرجل وأنفق الكراء على نفسه فى الطريق وحج ماشيا جاز عن الميت استحسانا هو المختار لأنه ملك أن يبيعه ويحج بثمنه فكذا يملك أن يؤجره ، ولأنه لو لم يملك ذلك كانت الأجرة له ولا يضمن كالغاصب ، ويقع الحج عن المأمور فيتضرر الميت به فوجب أن يملك الإجارة نظرا للميت ثم يؤدى البعير إلى الورثة لأنه ملك مورثهم . قال أبو الليث فى النوازل : وعندى أن الحج عن نفسه ويضمن نقصان البعير إلا أن يكون الميت فوّض إليه ذلك ؛ ألا ترى أن رجلا لوكل رجلا بأن يبيع بعيره بمائة فآجره بمائة لايجوز فكذا هذا اهـ . ولو أوصى أن يحج عنه فلان فمات فلان أحجوا عنه غيره . ولو اختلف المأمور والوارث أو الوصى فقال وقد أنفق من مال الميت منعت من الحج وكذبه الآخر لايصدق ويضمن ، إلا أن يكون أمرا ظاهرا يشهد على صدقه لأن سبب الضمان قد ظهر فلا يصدق فى دفعه إلا بأمر ظاهر يدل على صدقه . ولو اختلفا فقال حججت وكذبه الآخر كان القول للمأمور مع يمينه لأنه يدعى الخروج عن عهدة ماهو أمانة فى يده ، ولا تقبل بينة الوارث أو الوصى أنه كان يوم النحر بالبلد إلا أن يقيما على إقراره أنه لم يحج. نظيره: قال المودع دفعتها إليك بمكة وأقام رب الوديعة البينة أنه كان فى اليوم الذى ادعى فيه الدفع بمكة بالكوفة لم تجز هذه الشهادة ، بخلاف ما إذا أقامها على إقراره أنه كان بالكوفة . أما لو كان الحاج مديونا للميت وأمره أن يحج بماله الذى عليه وباقى المسئلة بحالها فإنه لايصدّق إلا ببينة لأنه يدعى قضاء الدين . وفى خزانة الأكمل: القول له مع يمينه ، إلا أن يكون للورثة مطالب بدين الميت فإنه لايصدق فى حق غريم الميت إلا بالحجة . وفى فتاوى أهل سمرقند : أوصى رجلا أن يحج عنه ولم يقدّر فيه شيئاً والوصى إن أعطى للحاج فى محمل احتاج إلى ألف ومائتين أو راكبا لا فى محمل يكفيه الأقل والأكثر يخرج من الثلث يجب الأقل لأنه المتيقن . ولو مرض الحاج عن غيره فليس له أن يدفع المال إلى غيره ليحج به ، إلا إذا قال له الدافع اصنع ما شئت : فهذه فوائد مهمة لايستغنى عنها قدمناها أمام ما فى الكتاب تتميما أو تكميلا لفائدته . ولنرجع إلى الشرح (قوله ومن أمره رجلان الخ) صور الإبهام هنا أربعة : أن يهل بحجة عنهما ، أو عن أحدهما على الإبهام ، أو يهل بحجة من غير تعيين للمحجوج عنه ، أو يحرم عن أحدهما بعينه بلا تعيين لما أحرم به . ففى الأولى قال هى عن الحاج ويضمن النفقة . وفى الثانية قال إن مضى على ذلك الخ . وحاصله أنه مالم يشرع فى الأعمال فالأمر موقوف لم ينصرف الإحرام إلى نفسه ولا إلى واحد من الآمرين ، فإن عين أحدهما قبل الوقوف انصرف إليه وإلا انصرف إلى نفسه وضمن النفقة . وفى الثالثة قال فى الكافى : لا نص فيه ، وينبغى أن

شيخ الإسلام : وإلى هذا القول مال عامة المتأخرين . قال (ومن أمره رجلان) صورة المسئلة ظاهرة ، وذهب الشارحون إلى أن الدليل غير مطابق للمدلول لأن المدلول قوله (فهى) أى الحجة (عن الحاج ويضمن النفقة)

لأن الحج يقع عن الآمر حتى لا يخرج الحاج عن حجة الإسلام ، وكل واحد منهما أمره أن يخلص الحج له من غير اشتراك ، ولا يمكن إيقاعه عن أحدهما لعدم الأولوية فيقع عن المأمور ، ولا يمكنه أن يجعله عن أحدهما بعد ذلك ، بخلاف ما إذا حج عن أبويه فإن له أن يجعله عن أيهما شاء لأنه متبرع بجعل ثواب عمله لأحدهما أو لهما فيبقى على خياره بعد وقوعه سببا لثوابه ، وهنا يفعل بحكم الآمر ، وقد خالف أمرهما فيقع عنه . ويضمن النفقة إن أنفق من مالهما لأنه صرف نفقة الآمر إلى حج نفسه ،

يصح التعيين هنا إجماعا لعدم المخالفة . وفى الرابعة يجوز بلا خلاف . ومبنى الأجوبة على أنه إذا وقع عن نفس المأمور لايتحوّل بعد ذلك إلى الآمر . وأنه بعد ماصرف نفقة الآمر إلى نفسه ذاهبا إلى الوجه الذى أخذ النفقة له لاينصرف الإحرام إلى نفسه إلا إذاتحققت المخالفة أو عجز شرعا عن التعيين . إذا عرفنا هذا فلا إشكال فى تحقق المخالفة إذا أحرم بحجة واحدة عنهما وهو غنىّ عن الإطناب . وما يتخايل من جعل الحجة الواحدة عن أبويه مضمحل بأن الكلام فيما إذا كان مأمورا بفعل بحكم الآمر على وزانه لا فيما إذا حج متبرعا فلا يتحقق الخلاف فى تركه تعيين أحدهما فى الابتداء فيحتمل التعيين فى الانتهاء لأن حقيقته جعل الثواب ونقول : لو أمره كل

ودليله لأن الحج يقع عن الآمر ولا مطابقة بينهما كما ترى . ثم قال صاحب النهاية : ولكن هذا التعليل تعليل حكم غير مذكور ، وتقدير الكلام : ويضمن النفقة لأنه خالفهما ، وإنما لايضمن النفقة إذا وافق أمر الآمر (لأن الحج) حينئذ (يقع عن الآمر حتى لايخرج الحاج عن حجة الإسلام) وههنا قد خالف فلا يقع الحج عن الآمر بل يقع عن المأمور ، فكان هذا التعليل تعليلا لما إذا وقع الحج عن الآمر وهوفى صورة عدم مخالفة المأمور للآمر ، وتابعه على ذلك بعض الشارحين ، ولا إخال ذلك مقصود المصنف لأنه قال بعد هذا (ويضمن النفقة إن أنفق من مالهما لأنه صرف نفقة الآمر إلى حج نفسه) فلوكان ذلك مراده كان هذا مستدركا . وقال بعضهم : زلّ فيه أقدام الشارحين حيث لم يفهموا كلام المصنف وقالوا : لا مطابقة بين الدليل والمدلول ، ولا يوافق التعليل المدعى ، ونقل تقرير الكلام كما قلنا ثم قال : فأقول ليس الأمر كما ظنوا ولو سكتوا فى هذا الموضع لكان أولى ، بل المطابقة حاصلة بين الدليل والمدلول بأن يقال هى عن الحاج : أى الحجة تقع عن الحاج وهو المأمور ، ويضمن النفقة لكل واحد منهما إن أنفق من مالهما لأن الحج المؤدى فى هذه يقع عن الآمر من وجه بدليل أن الحاج لايخرج عن حجة الإسلام ، ولكن كل واحد من الآمرين أمر بأن يخلص له الحج ولم يأمر بالاشتراك ، فلما نوى عنهما جميعا خالف الأمرفوقع الحج عن الحاج وضمن النفقة لوجود المخالفة هذاكلامه ولا أزيد على الحكاية فليتأمل فيه : وأقول بتوفيق الله تعالى : فى تقرير كلامه الحج يقع عن الآمر على ظاهر الرواية حتى لايخرج الحاج عن حجة الإسلام ، ولا يمكن ههنا إيقاعه عن الآمر لأن الآمر شخصان كل واحد منهما أمره أن يخلص الحج له من غير اشتراك وليس أحدهما أولى من الآخرفلا يقع عنهما ولا عن أحدهما فيقع عن المأمور ، لكن فى كلامه إغلاق كما لايخفى . وهذا تعليل لقوله فهى عن الحاج ، وأما تعليل قوله ويضمن النفقة فمذكور بعيد هذا . فإن قيل : إذا وقع عن الحاج فليجعل عن أيهما شاء كما إذا أهل عن أبويه فإن له أن يجعله عن أيهما شاء ، أجاب بقوله (ولا يمكنه أن يجعله عن أحدهما بعد ذلك) أى بعد ما وقع لنفسه وبينه فى الكتاب وهو واضح .

(قوله ثم قال صاحب النهاية ، إلى قوله : وتقدير الكلام ويضمن النفقة لأنه الخ) أقول : لاقرينة على هذا التقدير (قوله وقال بعضهم : زل فيه أقدام الشارحين) أقول : القائل هو الإتقانى (قوله ولايمكن ههنا إيقاعه عن الآمر) أقول : يعنى لايمكن أصلا ، وأراد الشارح بهذا الكلام الرد على الإتقانى فإنه زعم أن الحج فى هذه الصورة يقع عن الأمر من وجه .

وإن أبهم الإحرام بأن نوى عن أحدهما غير عين ، فإن مضى على ذلك صار مخالفا لعدم الأولوية ، وإن عين أحدهما قبل المضى فكذلك عند أبى يوسف رحمه الله ، وهو القياس لأنه مأمور بالتعيين ، والإبهام يخالفه فيقع عن نفسه ، بخلاف ما إذا لم يعين حجة أو عمرة حيث كان له أن يعين ما شاء لأن الملتزم هناك مجهول وههنا المجهول من له الحق . وجه الاستحسان أن الإحرام شرع وسيلة إلى الأفعال لامقصودا بنفسه . والمبهم يصلح وسيلة بواسطة التعيين فاكتفى به شرطا ، بخلاف ما إذا أدى الأفعال على الإبهام لأن المؤدى لا يحتمل التعيين فصار مخالفا .

من الأبوين أن يحج عنه حجة الإسلام فأحرم بها عنهما كان الجواب كالجواب المذكور فى الأجنبيين . فلا إشكال أن مخالفة كل منهما فيما إذا أحرم بحجة عن أحدهما لم تتحقق بمجرد ذلك لأن كلا منهما أمره بحجة وأحدهما صالح لكل منهما صادق عليه ، ولا منافاة بين العام والخاص ، ولا يمكن أن تصير للمأمور لأنه نص على إخراجها عن نفسه بجعلها لأحد الآمرين فلا تنصرف إليه إلا إذا وجد أحد الأمرين اللذين ذكرناهما ولم يتحقق بعد لأن معه مكنة التعيين مالم يشرع فى الأعمال ، بخلاف ما إذا لم يعين حتى شرع وطاف ولو شوطا لأن الأعمال لاتقع لغير معين فتقع عنه ثم ليس فى وسعه أن يحولها إلى غيره . وإنما جعل له الشرع ذلك فى الثواب ولولا السمع لم يحكم به فى الثواب أيضا . ولا خفاء فى أن إحرامه بحجة بلا زيادة ليس فيه مخالفة أحد ولا تعذر التعيين ولا يقع عن نفسه لما قدمناه . وأما الرابع فأظهر من الكل . ولو أمره رجل بحجة فأدى بحجتين إحداهما عن نفسه والأخرى عن الآمر فهو مخالف لتضمن الإذن بالحج مع كون نفقة السفر هى المحققة للصحة إفراد السفر للآمر ، فلو رفض التى عن نفسه جازت الباقية عن الآمر كأنه أحرم بها وحدها ابتداء ، إذ لا إخلال فى ذلك المقصود بالرفض . والحاج عن غيره إن شاء قال لبيك عن فلان وإن شاء اكتفى بالنية عنه . والأفضل أن يكون قد حج عن نفسه حجة الإسلام خروجا من الخلاف ، وسنقرره إن شاء الله تعالى . ويجوز إحجاج الحرّ والعبد والأمة والحرّة . وفى الأصل نص على كراهة المرأة . فى المبسوط : فإن أحج امرأته جاز مع الكراهة لأن حج المرأة أنقص فإنه ليس عليها رمل ولا سعى فى بطن الوادى ولا رفع صوت بالتلبية ولا الحلق اهـ . والأفضل إحجاج الحرّ العالم بالمناسك الذى حج عن نفسه حجة الإسلام . وذكر فى البدائع كراهة إحجاج الصرورة لأنه تارك فرض الحج والعبد لأنه ليس أهلا لأداء الفرض عن نفسه فيكره عن غيره . وليس للمأمور أن يأمر غيره بما أمر به عن الآمر وإن مرض فى الطريق إلا أن يكون وقت الدفع قيل له اصنع ماشئت فحينئذ يكون له أن يأمر غيره به وإن كان صحيحا ، وفيه لو أحج رجلا يحج ثم يقيم بمكة جاز لأن الفرض صار مؤدى . والأفضل أن يحج ثم يعود إليه (قوله بخلاف ما إذا لم يعين حجة أو عمرة) هذه هى الصورة الرابعة فيما ذكرناه من صور الإبهام توهمها واردة عليه فدفع الإيراد بالفرق لأن الملتزم فيها مجهول دون الملتزم له وما نحن فيه قلبه . وجهالة الملتزم لاتمنع لما عرف فى الإقرار بمجهول لمعلوم

وقوله (وإن أبهم الإحرام) ظاهر . وقوله (لأن الملتزم هناك مجهول) معناه أن جهالة الملتزم غير مانعة عن وجوب التعيين ، وأما جهالة من له الحق فهى مانعة ، ألا ترى أن الإقرار بمجهول لمعلوم جائز دون عكسه (وجه الاستحسان أن الإحرام شرع وسيلة إلى الأفعال لامقصودا) بدليل صحة تقديمه على وقت الأداء وهو أشهر الحج (فاكتفى به) أى بالإحرام المبهم من حيث إنه شرط لأن الشروط يراعى وجودها كيفما كان ، ألا ترى أن الإنسان إذا توضأ للتبرد جاز له أن يصلى به . وحاصله أن المقصود الأصلى هو أداء الأفعال والتعيين فى ابتدائه ممكن لأنه يقع على ماعين لا على الإبهام ، بخلاف ما إذا أدّى ثم عين فإنه يقع على الإبهام ابتداء . ثم التعيين يرد على مامضى واضمحل فلا يفيد شيئا

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

قال (فإن أمره غيره أن يقرن عنه فالدم على من أحرم) لأنه وجب شكرا لما وفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين والمأمور هو المختص بهذه النعمة لأن حقيقة الفعل منه، وهذه المسئلة تشهد بصحة المروى عن محمد رحمه الله أن الحج يقع عن المأمور (وكذلك إن أمره واحد بأن يحج عنه والآخر بأن يعتمر عنه وأذنا له بالقران) فالدم عليه لما قلنا

حيث يصح ويلزمه البيان . بخلافه بمعلوم لمجهول فإنه لا يصح أصلا (قوله وإن أمره غيره أن يقرن عنه فالدم على من أحرم) وهو المأمور لا فى مال الآمر . وقرن يقرن من باب نصر ينصر (لأنه وجب شكرا للجمع بين النسكين . والمأمور هو المختص بهذه النعمة قالوا : إن هذه تشهد بصحة المروى عن محمد رحمه الله من أن الحج يقع عن المأمور) وإنما للآمر ثواب النفقة يسقط به الحج عن الآمر شرعا . وقد يقال : لا تلزم هذه الشهادة إذ لاشك أن الأفعال إنما وجدت من المأمور حقيقة غير أنها تقع عن الآمر شرعا . ووجوب هذا الدم شكرا مسبب عن الوجود الحقيقى . ولأن موجب هذا الفعل أحد أمرين من الهدى والصوم غير أن كل واحد يجب على تقدير ، وأحدهما بتقديره يجب على المأمور وهو الصوم فكذا الآخر لأن كليهما موجب واحد لهذا العمل (قوله وكذا إذا أمره واحد بأن يحج عنه والآخر أن يعتمر عنه وأذنا له فى القران) يعنى يكون الدم فى ماله (لما قلنا) وقيد بإذنهما له بالقران لأنهما لولم يأذنا له فقرن عنها كان مخالفا فيضمن نفقتهما ، لا لأن إفراد كل منهما أفضل من قرانهما بل لما قدمناه من أن أمر الآمر بالنسك يتضمن إفراد السفر له به لمكان النفقة أعنى تضمن الأمر بانفاق ماله فى جميع سفره ويستلزم زيادة الثواب ، وفى القران عدم إفراد السفر فقلت النفقة ونقص الثواب فكان مخالفا ،

قال (فإن أمره غيره أن يقرن عنه فالدم على من أحرم) رجل أمر رجلا أن يقرن عنه بضم الراء ففعل فالدم على المأمور (لأنه وجب شكرا لما وفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين ، والمأمور هو المختص بهذه النعمة لأن حقيقة الفعل) صدرت (منه . وهذه المسئلة تشهد بصحة المروى عن محمد أن الحج يقع عن المأمور) وفيه نظر لجواز أن يكون المأخذ فى كون الدم واجبا على المأمور كونه نسكا كسائر المناسك . وسائر المناسك على المأمور فكذا هذا ، لا كونه شكرا لما وفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين لأنه مشترك الإلزام من حيث أنه لو كان كذلك لوجب على الآمر لأنه هو المنتفع بمتعة القران بسقوط حجة الإسلام عن ذمته مع فضيلة القران (وكذلك إن أمره واحد بأن يحج عنه والآخر بأن يعتمر عنه وأذنا له بالقران فالدم عليه لما قلنا) يعنى قوله لأنه وجب شكرا الخ ؛ وإنما قيد بقوله وأذنا له بالقران لأنه إذا لم يأذنا له بذلك لا يجوز له أن يجمع بينهما لأجلهما ، فلو قرن كان مخالفا . واعترض بأنه جعل جزاء الشرط قوله فالدم عليه ووجوبه عليه ليس بمقيد بإذنهما ، فإنه لو قرن بغير إذنهما فالدم واجب عليه أيضا ، وبأنه إن خالف عند عدم الإذن خالف إلى ما هو خير وهو القران لأنه أفضل عندنا ، والمخالفة إلى خير غير ضائرة . وأجيب بأنه إذا أذنا له بذلك كان مما يوهم أنه ضرر مرضى فيكون عليهما ، بخلاف ما إذا لم يأذنا فأزال الوهم بقوله وأذنا له بالقران وبأن خيرية القران إنما هو بالنسبة إلى الجامع بين النسكين لا إلى الآمر .

(قال المصنف : وهذه المسئلة تشهد بصحة المروى عن محمد رحمه الله) أقول : قال ابن الهمام : قد يقال لا تلزم هذه الشهادة إذ لاشك أن الأفعال إنما وجدت من المأمور حقيقة غير أنها تقع عن الآمر شرعا ، ووجوب هذا الدم شكرا مسبب عن الوجود الحقيقى ، ولأن موجب هذا الفعل أحد أمرين من الهدى والصوم ، غير أن كل واحد يجب على تقدير ، وأحدهما بتقديره يجب على المأمور وهو الصوم ، وكذا الآخر لأن كليهما موجب واحد لهذا العمل اهـ ، وفيه تأمل (قوله وفيه نظر إلى قوله فكذا هذا الخ) أقول : نعم إلا أنه حينئذ يجب أن يكون من مال الآمر . وقد يقال ؛ وجوب هذا الدم شكرا مسبب عن الوجود الحقيقى والأفعال وجدت من المأمور حقيقة فلا تلزم هذه الشهادة .

(ودم الإحصار على الآمر) وهذا عند أبى حنيفة ومحمد (وقال أبو يوسف : على الحاج) لأنه وجب للتحلل

هذا ولو كان واحد أمره بالحج فقرن عنه ضمن النفقة عند أبى حنيفة خلافا لهما . لهما أن القران أفضل ، فقد فعل المأمور به على وجه أحسن فلا يكون مخالفا ، كالوكيل إذا باع بأكثر مما سمى له الموكل . ولأبى حنيفة أنه مأمور بإنفاق المال لسفر مفرد للحج وقد خالف فيقع عن نفسه ويضمن كما لو تمتع ، ولم يندفع بعد هذا قولهما أنه خلاف إلى خير فكان صحيحا إذ يثبت الإذن دلالة ، بخلاف التمتع فإن السفر وقع للعمرة بالذات ، ولأن الآمر بالحج تضمن السفر له وقوع إحرامه من ميقات أهل الآفاق ، والمتمتع يحرم بالحج من جوف مكة . والأوجه ما فى المبسوط من أن هذه العمرة لم تقع عن الآمر لأنه لم يأمره بها ولا ولاية للحاج فى إيقاع نسك عنه لم يأمره به ، ألا ترى أنه لو لم يأمر بشىء لم يجز أداؤه عنه ، فكذا إذا لم يأمره بالعمرة . وإذا لم تكن العمرة عن الميت صارت عن نفسه وصار كأنه نواها عن نفسه ابتداء ، وبمثله امتنع التمتع لعدم وقوع العمرة عن الميت ، وما إذا أمره بعمرة فقرن عند أبى حنيفة على ما ذكر فى البدائع أنه يضمن أيضا عنده كالحج إذا قرن عنده ، ولو أمره بالحج فقرن معه عمرة لنفسه لا يجوز ويضمن اتفاقا فكذا هذا . قال فى المبسوط : إلا أنه ذكر ابن سماعة عن أبى يوسف أنه وإن نوى العمرة عن نفسه لا يصير مخالفا ، ولكن يرد من النفقة بقدر حصة العمرة لأنه مأمور بتحصيل الحج عنه بجميع النفقة ، فإذا ضم إليه عمرة لنفسه فقد حصل له ببعض النفقة وهو خلاف إلى خير كالوكيل بشراء عبد بألف إذا اشتراه بخمسمائة . قال شمس الأئمة وليس هذا بشىء فإنه مأمور بتجريد السفر للميت ثم ، ويحصل للميت ثواب النفقة فبتنقيصها ينقص الثواب بقدره ، فكان هذا الخلاف ضررا عليه ، ولا إشكال أنه إذا بدأ بعمرة لنفسه يضمن للمخالفة ولا تقع الحجة عن حجة الإسلام عن نفسه لأنها أقل ما يقع بإطلاق النية وهو قد صرفها عنه فى النية ، وفيه نظر . ولو حج عن الميت ثم اعتمر لنفسه بعد الحج ، فعند العامة لا يكون مخالفا على قول أبى حنيفة ، ولو أمره بعمرة فقرن فهو على الخلاف بين الثلاثة ، إلا أن على قولهما بقية ما بقى من الحج بعد أداء العمرة تكون نفقته فيه على نفسه لأنه فى ذلك عامل لنفسه . ولو اعتمر ثم أحرم بالحج بعد ذلك عن نفسه لم يكن مخالفا لأنه فعل ما أمر به وهو أداء العمرة بالسفر ، وإنما فعل بعد ذلك الحج فاشتغاله به كاشتغاله بعمل آخر من التجارة وغيرها ونفقته مقدار مقامه للحج من ماله . وروى ابن سماعة عن محمد : إذا حج المأمور بالحج عن الميت فطاف لحجة وسعى ثم أضاف عمرة عن نفسه لم يكن مخالفا لأن هذه العمرة واجبة الرفض فكانت كعدمها ، ولو كان جمع بينهما : أى قرن ثم لم يطف حتى وقف بعرفة ورفض العمرة لم ينفعه ذلك وهو مع ذلك مخالف ، لأنه لما أحرم بهما جميعا فقد صار مخالفا على ما ذكرناه عن أبى حنيفة فوقعت الحجة عن نفسه فلا تحتمل النقل بعد ذلك برفض العمرة (قوله ودم الإحصار الخ) الدماء الواجبة فى الحج إما دم الإحصار وهو على الآمر عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف على

ولهذا إذا كان مأمورا بالحج وقرن عده أبو حنيفة مخالفا ولم يعتبر ذلك (ودم الإحصار على الآمر عند أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : على الحاج) ووجههما على ما ذكر فى الكتاب واضح . واعترض على قوله إن الآمر هو الذى أدخله فى هذه العهدة بأن الآمر إذا أمر بالقران فهو الذى أدخل المأمور فى عهدة الدم ولا يجب عليه . وأجيب بأن دم القران نسك ، وقد دفع الآمر النفقة بمقابلة جميع ما كان من المناسك وهو من جملتها ، بخلاف دم الإحصار

(قوله ولهذا إذا كان مأمورا بالحج وقرن عده أبو حنيفة رحمه الله مخالفا) أقول : لأن العمرة وقعت للمأمور إذا لم ينتظمها الآمر فللآمر الحج الضمنى ، والحج المفرد خير من الضمنى فتأمل (قوله وأجيب بأن دم القران نسك وقد دفع الآمر النفقة إلى قوله بخلاف دم الإحصار) أقول : فحينئذ يكون من مال الآمر ، والمنصوص خلاف ذلك .

دفعا لضرر امتداد الإحرام ، وهذا راجع إليه فيكون الدم عليه . ولهما أن الآمر هو الذى أدخله فى هذه العهدة فعليه خلاصه (فإن كان يحج عن ميت فأحصر فالدم فى مال الميت) عندهما خلافا لأبى يوسف رحمه الله ، ثم قيل : هو من ثلث مال الميت لأنه صلة كالزكاة وغيرها . وقيل من جميع المال لأنه وجب حقا للمأمور فصار دينا (ودم الجماع على الحاج) لأنه دم جناية وهو الجانى عن اختيار (ويضمن النفقة) معناه : إذا جامع قبل الوقوف حتى فسد حجه لأن الصحيح هو المأمور به . بخلاف ما إذا فاته الحج حيث لا يضمن النفقة لأنه ما فاته باختياره . أما إذا جامع بعد الوقوف لا يفسد حجه ولا يضمن النفقة لحصول مقصود الآمر . وعليه الدم فى ماله لما بينا . وكذلك سائر دماء الكفارات على الحاج لما قلنا (ومن أوصى بأن يحج عنه فأحجوا عنه رجلا فلما بلغ الكوفة مات

المأمور . فإن كان المحجوج عنه ميتا ففى ماله عندهما . ثم هل هو من الثلث أو من كل المال ؟ خلاف بين المشايخ وتقرير الوجه من الجانبين ظاهر من الكتاب فلا نطيل به . ثم يجب عليه الحج من قابل بمال نفسه وإما دم القران وقد تقدم ، قالوا : هذا ودم القران يشهدان لمحمد رحمه الله ، وقد تكلمنا فى دم القران . وأما كون حج القضاء من مال نفسه فلأنه لم يتم الأفعال بسبب الإحصار . وإنما يقع ماهو مسمى الحج عنه ولم يتحقق ، وإما دم الجناية كجزاء صيد وطيب وشعر وجماع ففى مال الحاج اتفاقا لأنه هو الجانى عن اختيار ، والأمر بالحج لا ينتظم الجناية بل ينتظم ظاهرا عدمها فيكون مخالفا فى فعلها فيثبت موجبها فى ماله . ثم إن كان الجماع قبل الوقوف حتى فسد الحاج ضمن النفقة للمخالفة وعليه القضاء لا يشكل كونه فى مال نفسه ، وإن كان بعده لا يفسد ولا يضمن النفقة ، ولو فاته الحج لا يضمن النفقة لعدم المخالفة فهو كالمحصر وعليه الحج من قابل بمال نفسه ، ولو أتم الحج إلا طواف الزيارة فرجع ولم يطفه لا يضمن النفقة ، غير أنه حرام على النساء ويعود بنفقة نفسه ليقضى مابقى عليه لأنه جان فى هذه الصورة ، أما لو مات بعد الوقوف قبل الطواف جاز عن الآمر لأنه أدى الركن الأعظم ، وإما دم رفض النسك ولا يتحقق ذلك إذا تحقق إلا فى مال الحاج ، ولا يبعد أنه لو فرض أنه أمره أن يحرم بحجتين معا ففعل حتى ارتفضت إحداهما كونه على الآمر ولم أره ، والله تعالى أعلم (قوله ومن أوصى بأن يحج عنه الخ) لا خلاف أن

فإنه ليس بنسك ولم يكن معلوما عند الآمر أيضا . وقوله (لأنه صلة) الصلة عبارة عن أداء ما لا يكون فى مقابلته عوض مالى . وقوله (وغيرها) يعنى النذور والكفارات . وقوله (لأنه وجب حقا للمأمور) يعنى بإدخاله الآمر فى هذه العهدة دينا على الميت والدين محله جميع المال . وقوله (لأن الصحيح هو المأمور به) أى الحج الصحيح هو المأمور به دون الفاسد . فإذا أفسده لم يقع مأمورا به فكان واقعا عن المأمور فيضمن ما أنفق على حجه من مال غيره ، ثم إذا قضى الحج فى السنة الثانية على وجه الصحة لا يسقط به حج الميت لأنه لما خالف فى السنة الماضية بالإفساد صار الإحرام واقعا عن المأمور والحج الذى يأتى به فى السنة القابلة قضاء ذلك الحج فكان واقعا عن المأمور أيضا . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأنه دم جناية وهو الجانى عن اختيار . ومما ذكرنا علم أن الدماء ثلاثة أنواع : دم نسك كدم القران والتمتع ، ودم جناية كجزاء الصيد ونحوه ، ودم مئونة كدم الإحصار . قال فى المبسوط : كل دم يلزم المجهز : يعنى الحاج عن الغير فهو عليه فى ماله . لأنه إن كان نسكا فإقامة المناسك عليه ، وإن كان كفارة فالجناية وجدت منه ، وإن كان دما بترك واجب فهو الذى ترك ما كان واجبا فلهذا كانت هذه الدماء عليه إلا دم الإحصار فإنه فى مال الآمر فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقد ذكرناه . وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله وهو الجانى عن اختيار . قال (ومن أوصى بأن يحج عنه) صورة

أو سرقت نفقته وقد أنفق النصف يحج عن الميت من منزله بثلث ما بقى) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله (وقالا : يحج عنه من حيث مات الأول) فالكلام ههنا فى اعتبار الثلث وفى مكان الحج . أما الأول فالمذكور قول أبى حنيفة رحمه الله . أما عند محمد يحج عنه بما بقى من المال المدفوع إليه إن بقى شىء وإلا بطلت الوصية اعتبارا بتعيين الموصى إذ تعيين الوصى كتعيينه وعند أبى يوسف رحمه الله يحج عنه بما بقى من الثلث الأول لأنه هو المحل لنفاذ الوصية . ولأبى حنيفة أن قسمة الوصى وعزله المال لايصح إلا بالتسليم إلى الوجه الذى سماه الموصى لأنه لاخصم له ليقبض ولم يوجد التسليم إلى ذلك الوجه فصار كما إذا هلك قبل الإفراز والعزل فيحج بثلث مابقى .

إطلاق الوصية بالحج إذا كان الثلث يحتمل الإحجاج من بلده راكبا ولم يكن الموصى حاجا عن نفسه مات فى الطريق ولم يعين المكان الذى مات فيه . أو مكانا آخر يوجب تعيين البلد والركوب . وقد قدمنا فى مقدمة الباب أنه لو حج المأمور ماشيا وأمسك مئونة الكراء لنفسه يقع عن نفسه ويضمن النفقة ، فأما إذا كان الثلث لايبلغ إلا ماشيا فقال رجل أنا أحج عنه من بلده ماشيا جاز . وعن محمد لايجزيه ويحج عنه من حيث يبلغ راكبا . وروى الحسن عن أبى حنيفة إن أحجوا عنه من بلده ماشيا جاز ، ومن حيث يبلغ راكبا جاز ، لأن فى كل نقصا من وجه زيادة من وجه آخر فاعتدلا ؛ ولو أحجوا من موضع يبلغ وفضل من الثلث وتبين أنه يبلغ راكبا من موضع أبعد يضمن الوصى ويحج عنه من حيث يبلغ إلا إذا كان الفاضل شيئا يسيرا من زاد وكسوة لايكون مخالفا كذا فى البدائع . هذا إذا لم يعين كمية ، فإن عين بأن قال أحجوا عنى بألف أو بثلث مالى ، فإن لم يبلغ من بلده جاء ماقلناه وإن بلغ واحدة لزمت وإن بلغ حججا كثيرة . فأما مسئلة الألف فذكرها فى المبسوط قال : الوصى بالخيار إن شاء دفع عنه كل سنة حجة وإن شاء أحج عنه رجالا فى سنة واحدة ، وهو أفضل لأن الوصية بالحج بمال مقدر كالوصية بالتصدق به . وفى ذلك الوصى بالخيار بين التقديم والتأخير ، والتعجيل أفضل لأنه بعد من فوات المقصود بهلاك المال . وأما مسئلة الثلث فذكرها فى البدائع ، وذكر الجواب على نحو مسئلة الألف نقلا عن القدورى ، إلا أنه حكى فيها خلافا ؛ فقيل : إن القاضى : يعنى الاسبيجابى قد ذكر فى شرح الطحاوى أن يحج عنه حجة واحدة من وطنه وهى حجة الإسلام ، إلا إذا قال بجميع الثلث . قال : وما ذكره القدورى أثبت لأن الوصية بجميع الثلث وبالثلث واحدة لأنه اسم لجميع السهم ، وذكرها فى المبسوط أيضا وأجاب بصرفه إلى الحج إذا لم يقل حجة ولم يذكر خلافا . قال : لأنه جعل الثلث مصروفا إلى هذا النوع من القربة فيجب

هذه المسئلة رجل له أربعة آلاف درهم أوصى بأن يحج عنه فمات وكان مقدار الحج ألف درهم فدفعها الوصى إلى من يحج عنه فسرق فى الطريق . قال أبو حنيفة رحمه الله : يؤخذ ثلث ما بقى من التركة وهو ألف درهم ؛ فإن سرق ثانيا يؤخذ ثلث مابقى مرة أخرى وهكذا . وقال أبو يوسف : يؤخذ مابقى من ثلث جميع المال وهو ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم . فإن سرقت ثانيا لايؤخذ مرة أخرى . وقال محمد : إذا سرقت الألف التى دفعها أولا بطلت الوصية . وإن بقى منها شىء يحج به لاغير لأن تعيين الوصى كتعيين الموصى لكونه نائبا عنه ، ولو أفرزها الموصى ثم هلكت بطلت الوصية . فكذلك هذا . ولأبى يوسف أن الوصية محل نفاذها الثلث (ولأبى حنيفة أن قسمة الوصى وعزله لايصح إلا بالتسليم إلى الوجه الذى سماه الموصى لأنه لاخصم له ليقبض ولم يوجد التسليم إلى ذلك الوجه فصار كما إذا هلك قبل الإفراز والعزل) وفى ذلك يحج من ثلث مابقى فكذا فى هذا . هذا مايتعلق

وأما الثانى فوجه قول أبى حنيفة رحمه الله وهو القياس أن القدر الموجود من السفر قد بطل فى حق أحكام الدنيا ، قال صلى الله عليه وسلم « إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث » الحديث ، وتنفيذ الوصية من أحكام الدنيا فبقيت الوصية من وطنه كأن لم يوجد الخروج. وجه قولهما وهو الاستحسان أن سفره لم يبطل لقوله تعالى - ومن يخرج من بيته مهاجرا إلى الله ورسوله - الآية ، وقال صلى الله عليه وسلم «من مات فى طريق الحج كتب له حجة مبرورة فى كل سنة » وإذا لم يبطل سفره اعتبرت الوصية من ذلك المكان . وأصل الاختلاف فى الذى

تحصيل مقصوده فى جميع الثلث ، كما لو أوصى أن يفعل بثلثه طاعة أخرى ، ولو ضم إلى الحج غيره والثلث يضيق عن الجميع ، إن كانت متساوية بدئ بما بدأ به الموصى كالحج والزكاة . وعن أبى يوسف تقديم الزكاة لأن فيها حقين . والحج والزكاة يقدمان على الكفارات ، والكفارات على صدقة الفطر وهى على النذر ، وهو والكفارات على الأضحية ، والواجب على النفل ، والنوافل يقدم منها ما بدأ به الميت . وحكم الوصية بالعتق إذا لم يعين عن كفارة حكم النفل والوصية لآدمى كالفرائض : أعنى المعين . فإن قال للمساكين فهو كالنفل . ومن الصور المنقولة أوصى بحجة الفرض وعتق نسمة ولا يسعهما الثلث يبدأ بالحجة . ولو أوصى بالحجة وللأناس ولا يسعهما الثلث قسم الثلث بينهم بالحصص يضرب للحج بأدنى مايكون من نفقة الحج ثم ماخص الحج يحج به من حيث يبلغ لأنه هو الممكن ، ولو أوصى لرجل بألف وللمساكين بألف وأن يحج عنه بألف وثلثه ألفان يقسم بينهم أثلاثا ثم ينظر إلى حصة المساكين فيضاف إلى الحجة فما فضل فهو للمساكين بعد تكميل الحج لأن الصدقة تطوع والحج فرض ، إلا أن يكون زكاة فيتحاصصون فى الثلث ثم ينظر إلى الزكاة والحج فيبدأ بما بدأ به الميت . ولو أوصى بكفارة إفساد رمضان ولا يخرج من الثلث العتق ولم تجز الورثة يطعم ستين مسكينا . هذا وأما مايرجع إلى تعيين الوطن فلا يخلو من أن يكون له وطن واحد أو أوطان ، فإن اتحد تعين . ومن فروعه ما عن محمد فى خراسانى أدركه الموت بمكة فأوصى أن يحج عنه يحج عنه من خراسان ، وما عن أبى يوسف فى مكى قدم إلى

بما يحج به ، وأما مايتعلق بما يحج عنه من المكان فعلى الاختلاف المذكور فى الكتاب وهو أيضا واضح . واعترض بأن الحديث الذى استدل به لأبى حنيفة ظاهره متروك لأنه يقتضى أن يكون غير هذه الثلاثة من الأعمال منقطعا ، وليس كذلك لأنها يثاب عليها . وما هو كذلك لايكون منقطعا . وأجيب بأن الأعمال كلها على ثلاثة أنواع : أعمال عملها فمضت . وأعمال لم يشرع فيها فهى بعد معدومة ، وأعمال شرع فيها ولم يتمها . والطرفان لايوصفان بالانقطاع . أما الأول فلأن الماضى لايحتمل الانقطاع لكن يحتمل البطلان بما يحبط ثوابه نعوذ بالله من ذلك ، وكذلك الثانى لأنه غير موجود . وهذا لأن الانقطاع عبارة عن تفرق أجزائه . والماضى بجميع أجزائه لايتصور فيه ذلك وكذلك الذى لم يوجد بجميع أجزائه فتعين الذى شرع فيه ولم يتمه . وأما جواب أبى حنيفة عما استدل به من الكتاب والسنة فهو أنه لاتعارض بين موجب الكتاب وموجب الخبر لأن الكتاب مسوق لحكم الآخرة والخبر

(قوله واعترض بأن الحديث الذى استدل به ، إلى قوله : وماهو كذلك لا يكون منقطعا) أقول : لايتوجه هذا الاعتراض بعد ماقال أبو حنيفة رحمه الله إن المراد هو الانقطاع فى حكم الدنيا ، فإن الثواب حكم أخروى فليتأمل (قوله فتعين الذى شرع فيه ولم يتمه) أقول : وعلى هذا فى استثناء العلم والولد تأمل ، ثم المراد ليس انقطاع نفس العمل ، إذ النبى صلى الله عليه وسلم ليس مبعوثا إلا لبيان الأحكام ، بل انقطاع ثوابه يعنى أنه لايتجدد له ثواب إلا من هذه الثلاث وذلك حكم الآخرة ، ونظيره حديث « الأعمال بالنيات » فتأمل (قوله والماضى بجميع أجزائه لايتصور فيه ذلك) أقول : الظاهر أن يقال : والماضى وجد بجميع أجزائه الخ

. . . .

الرىّ فحضره الموت فأوصى أن يحج عنه يحج عنه من مكة . أما لو أوصى أن يقرن عنه فإنه حينئذ يقرن عنه من الرى لأنه لاقران لأهل مكة فيحمل عليه من حيث هو ، وإن كانت له أوطان فى بلدان يحج عنه من أقربها إلى مكة ، ولو عين مكانا جازمنه اتفاقا ، وكذا إذا عين مكانا مات فيه . فلو لم يعين مكان موته وقد مات فى سفر ، إن كان سفر الحج فهو على الخلاف الذى ذكر فى الكتاب بقوله : وأصل الخلاف فى الذى يحج عن نفسه : يعنى إذا مات فى الطريق وأوصى أن يحج عنه وأطلق يلزم الحج من بلده عنده إلا إن عجز الثلث ، وعندهما من حيث مات . ولو كان سفر تجاوة حج عنه من بلده اتفاقا لأن تعين مكان موته فى سفر الحج عندهما بناء على أنه لاتبطل عبادة سفره من بلده إلى محل موته ، فبالسفر منه يتحقق سفر الحج من بلده ، ولاعبادة فى سفر التجارة ليعتبر البعض الذى قطع عبادة مع البعض الذى بقى فيجب إنشاء السفر من البلد تحصيلا للواجب . فإن الخطاب يتوجه عليه وهو فى بلده بالخروج إلى الحج وهو العادة أيضا أن يخرج الإنسان من بلده مجهزا فينصرف المطلق إليه ولهذا وافقا أباحنيفة فى الحاج الذى مات فى الطريق فيما لو أقام فى بعض البلاد فى طريقه حتى تحوّلت السنة ثم مات فأوصى مطلقا أن يحج عنه من بلده لأن ذلك السفر لما لم يتصل به الحجة التى خرج لها فى تلك السنة لم يعتدّ به عن الحج إذا حصلنا على هذا . فلو أوصى (١) على وجه انصرفت إلى بلده ولم يعين مالا ففعل الواجب فأحجوا منها ومات فى أثناء الطريق وقد أنفق بعضها أو سرقت كلها قال أبو حنيفة : يحج عنه ثانيا من بلده من ثلث مابقى. وقالا : من حيث مات . وأما فى جانب المال فقال محمد : ينظر إن بقى من المدفوع شىء حج به وإلا بطلت الوصية . وقال أبو يوسف . إن كان المدفوع تمام الثلث كقول محمد، وإن كان بعضه يكمل ، فإن بلغ باقيه مايحج به وإلا بطلت . وقال أبو حنيفة : من ثلث ما بقى ثم وثم إلى أن لايبقى مايبلغ فحينئذ تبطل ، مثلا : كان المخلف أربعة آلاف دفع الوصى ألفا فهلكت يدفع إليه ما يكفيه من ثلث الباقى أو كله وهو ألف ، فلو هلكت الثانية دفع إليه من ثلث الباقى بعدها هكذا مرة بعد مرة إلا أن لايبقى ما ثلثه يبلغ الحج فتبطل . وعند أبى يوسف : يأخذ ثلاثمائة وثلاثة وثلاثين وثلثا فإنها مع تلك الألف تلث الأربعة الآلاف ، فإن كفت وإلا بطلت الوصية . وعند محمد : إن فضل من الألف الأولى ما يبلغ وإلا بطلت . فالخلاف فى موضعين فيما يدفع ثانيا وفى المحل الذى يجب الإحجاج منه ثانيا . أما الأول فلمحمد أن تعيين الوصى كتعيين الموصى ، ولو عين الموصى مالا فهلكت بطلت الوصية ، فكذا إذا عين الوصى . وأبو يوسف يقول : محل الوصية الثلث فتعيين الوصى إياه صحيح وتعيينه

لحكم الدنيا ، فيجوز انقطاع العمل من حيث حكم الدنيا ويبقى له ثوابه من حيث حكم الآخرة ، كما إذا نوى الصوم فى رمضان وصامه إلى نصف النهار ومات وجب عليه الإيصاء بفدية صوم هذا اليوم كاملا من حيث حكم الدنيا وإن كان هو مثابا فى الآخرة بقدر ما صام من ذلك اليوم . وكذلك إذا أدركه الموت فى خلال الصلاة ، وكذا كل عمل صالح شرع فيه ولم يتمه ، وكذا الجواب عن الحديث الذى روياه . وقال فى النهاية : ثم تأخير تعليلهما عن تعليل أبى حنيفة يحتمل أن يكون لكون قولهما مختار المصنف لما أن قولهما استحسان وقول أبى حنيفة

---

(١) (قوله فلو أوصى الخ) هكذا فى الأصول ، وفى العبارة حزازة ، ولعلها من تحريف النساخ . كذا بخط العلامة البحراوى حفظه الله كتبه مصححه .

يحج بنفسه . ويبنى على ذلك المأمور بالحج . قال (ومن أهلّ بحجة عن أبويه يجزيه أن يجعله عن أحدهما) لأن من حج عن غيره بغير إذنه فإنما يجعل ثواب حجه له ، وذلك بعد أداء الحج فلغت نيته قبل أدائه ، وصح جعله ثوابه لأحدهما بعد الأداء ، بخلاف المأمور على مافرقنا من قبل . والله تعالى أعلم .

فيه غير صحيح لأن جميع الثلث محل الوصية ، فما بقى شىء منه يجب تنفيذ الوصية فيه . وأبوحنيفة يقول : المال ليس بمقصود للموصى بل مقصوده الحج به . فإذا لم يفد هذا التعيين هذا المقصود صار كعدمه ، وما هلك من المال كان كأن لم يكن بمنزلة ما إذا هلك قبل هذا الإفراز والوصية باقية بعد بالإحجاج مطلقا فينصرف إلى ثلث الباقى إذا صار الهالك كأن لم يكن قبل الوصية فيكون محلها ثلثه . وأما الثانى فبناه على أن السفر هل بطل بالموت أو لا فقالالا وهو استحسان . وقال نعم وهو قياس . وقوله فى الأول أوجه وهما هنا أوجه . له قوله عليه الصلاة السلام « إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث . صدقة جارية . أو علم ينتفع به . أو ولد صالح يدعو له » رواه مسلم وأبوداود والنسائى . ولهما فى أنه لم يبطل ما أخرجه الطبرانى فى الوسط وأبو يعلى والبيهقى فى شعب الإيمان عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من خرج حاجا فمات كتب له أجر الحاج إلى يوم القيامة . ومن خرج معتمرا فمات كتب له أجر المعتمر إلى يوم القيامة . ومن خرج غازيا فى سبيل الله فمات كتب له أجر الغازى إلى يوم القيامة » قال الحافظ المنذرى . رواه أبو يعلى من رواية محمد بن إسحاق ، وبقية رواته ثقات . وأنت قد أسمعناك أن الحق فى ابن إسحاق أنه ثقة أيضا . ثم مارواه إنما يدل على انقطاع العمل والكلام فى بطلان القدر الذى وجد فى حكم العبادة والثواب وهو غيره وغير لازمه ، لأن انقطاع العمل لفقد العامل لايستلزم ماكان قدوجد فى سبيل الله ، وقال تعالى ـ وما كان الله ليضيع إيمانكم ـ فما كان معتدا به حين وجد ثم طرأ المنع منه . وجواب أبى حنيفة أن المراد بعدم الانقطاع فى أحكام الآخرة والانقطاع فى أحكام الدنيا وهو الذى يوجبه هنا كمن صام إلى نصف النهار فى رمضان ثم حضره الموت يجب أن يوصى بفدية ذلك اليوم وإن كان ثواب إمساك ذلك اليوم باقيا .

[فرع] مات وترك ابنين وأوصى أن يحج عنه بثلاثمائة وترك تسعمائة فأنكر أحد الابنين واعترف الآخر فدفع من حصته مائة وخمسين لمن يحج بها ثم اعترف الآخر . فإن كان حج بأمر الوصى يأخذ المقر من الجاحد خمسة وسبعين لأنه جاز عن الميت بمائة وخمسين وبقيت مائة وخمسون ميراثا بينهما . وإن حج بغير أمر الوصى يحج مرة أخرى بثلاثمائة (قوله ومن أهلّ بحجة عن أبويه فله أن يجعلها عن أحدهما) فاستفدنا أنه إذا أهلّ عن أحدهما على الإبهام أن له أن يجعلها عن أحدهما بعينه بطريق أولى . ومبناه على أن نيته لهما تلغو بسبب أنه غير مأمور من قبلهما أو أحدهما فهو متبرع فتقع الأعمال عنه ألبتة . وإنما يجعل لهما الثواب وترتبه بعد الأداء فتلغو نيته قبله فيصح جعله بعد ذلك لأحدهما أو لهما . ولا إشكال فى ذلك إذا كان متنفلا عنهما ؛ فإن كان على أحدهما حج الفرض . فإما أن يكون أوصى به أولا . فإن أوصى به فتبرع الوارث عنه بمال نفسه لايسقط عن المورّث . وإن لم يوص فتبرع عنه بالإحجاج أو الحج بنفسه . قال أبو حنيفة . يجزيه إن شاء الله تعالى لقوله عليه الصلاة والسلام للخثعمية « أرأيت لو كان على أبيك دين » الحديث . شبهه بدين العباد . وفيه أنه لو قضى الوارث من غير وصية يجزيه

قياس . والمأخوذ فى عامة الصور حكم الاستحسان . وقوله (على مافرقنا من قبل) يريد به قوله لأنه متبرع بجعل ثواب عمله لأحدهما الخ . والله أعلم .

فكذا هذا وغير ذلك من الآثار الدالة على أن تبرع الوارث مثل ذلك معتبر شرعا . فإن قيل : فلماذا قيد الجواب بالمشيئة بعد ما صح الحديث ؟ قلنا : لأن خبر الواحد لا يوجب اليقين بل الظن ، فما كان من الأمور التي طريقها العمل لا يحتاج إلى ذكر المشيئة فيه لأن الظن طريقه فقد تطابقا ، وسقوط الفرض عن الميت بأداء الورثة طريقه العلم . فإنه أمر يشهد به على الله تعالى بعد القطع بشغل الذمة به فلهذا قيده به . واعلم أن فعل الولد ذلك مندوب إليه جدا لما أخرج الدارقطني عن ابن عباس رضي الله عنهما عنه عليه الصلاة والسلام قال « من حج عن أبويه أو قضى عنهما مغرما بعث يوم القيامة مع الأبرار » وأخرج أيضا عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام قال « من حجّ عن أبيه وأمه فقد قضى عنه حجته وكان له فضل عشر حجج » وأخرج أيضا عن زيد بن أرقم قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا حج الرجل عن والديه تقبل منه ومنهما واستبشرت أرواحهما وكتب عند الله برا » هذا وقد سبق الوعد بتقرير مسئلة حج الصرورة عن الغير . والصرورة يراد به الذي لم يحج عن نفسه فمنعه الشافعي رحمه الله لما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما « أن النبي صلى الله عليه وسلم سمع رجلا يقول : لبيك عن شبرمة ، فقال : من شبرمة ؟ قال : أخ لي أو قريب لي . قال : حججت عن نفسك ؟ قال لا ، قال : حج عن نفسك ثم حج عن شبرمة » رواه أبو داود وابن ماجه . قال البيهقي : هذا إسناد ليس في الباب أصح منه . وعن هذا لم يجوّز الشافعي النفل للصرورة . قلنا : هذا الحديث مضطرب في وقفه على ابن عباس ورفعه . والرواة كلهم ثقات ، فرفعه عبدة بن سليمان . قال ابن معين : عبدة أثبت الناس في سعيد بن أبي عروبة . وتابعه محمد بن عبد الله الأنصاري ومحمد بن ميسر [1] وأبو يوسف القاضي كلهم عن سعيد ، ووقفه غندر عن سعيد ، ورواه أيضا سعيد بن منصور . حدثنا سفيان عن أيوب عن أبي قلابة سمع ابن عباس رجلا يلبي عن شبرمة فذكره موقوفا ، وليس هذا مثل ما ذكرناه غير مرة في تعارض الرفع والوقف من تقديم الرفع لأنه زيادة تقبل من الثقة فإن ذلك في حكم مجرد عن قصة واقعة في الوجود رواه واحد عن الصحابي برفعه وآخر عن نفسه فقط ، فإن هذا يتقدم فيه الرفع لأن الموقوف حاصله أنه قد ذكره ابتداء على وجه إعطاء حكم شرعي أو جوابا لسؤال ، ولا ينافي هذا كون ما ذكره مأثورا عنده عن النبي صلى الله عليه وسلم . أما في مثل هذه وهي حكاية قصة : هي أن النبي صلى الله عليه وسلم سمع من يلبي عن شبرمة فقال له ما قال ، أو أن ابن عباس رضي الله عنهما سمع من يلبي عن شبرمة فقال له ذلك ، فهو حقيقة التعارض في شيء وقع في الوجود أنه وقع في ذلك الزمن أو في زمن آخر بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم أو غيره ، وتجويز أن يكون وقع في زمنه عليه الصلاة والسلام ثم وقع بحضرة ابن عباس سماعه رجلا آخر يلبي عن شبرمة فقال له من شبرمة ؟ فقال أخ أو قريب يعين ذلك ، فهو وإن لم يمتنع عقلا لكنه بعيد جدا في العادة فلا يندفع به حكم التعارض الثابت ظاهرا طالبا لحكمه فيتهاتران . أو يرجح وقوعه في زمن ابن عباس لأن أحكام الحج كانت خفية في زمنه عليه الصلاة والسلام حتى وقع الخطأ في ترتيب أحكام كثيرة فسألوه عنها « فقال رجل لم أشعر فحلقت قبل أن أذبح » وكثير ، وإنما تركوا السؤال ابتداء ظنا منهم بأن لا ترتيب معينا في هذه فإنها ليست أركانا لعلمهم أن الحج عرفة عنه

---

(١) (محمد بن ميسر) هكذا هو في بعض النسخ التي بيدنا ، وكذلك ضبطه في خلاصة أسماء الرجال بضم أوله وفتح المثناة التحتية المهملة المشددة فليعلم كتبه مصححه .

(باب الهدى)

عليه الصلاة والسلام والطواف بنص الكتاب فلما رأوا أن الذى فعله عليه الصلاة والسلام خلاف ذلك الترتيب فزعوا إلى السؤال فعذرهم بالجهل فى ذلك الوقت، فأما حجّ الإنسان عن غيره فأمر يأباه القياس فإن العقل لا يقتضى جوازه إذا خلى والنظر فى مقصود التكاليف على ماقدمناه أوّل الباب فلم يكن يقدم عليه ذلك الرجل بلا سؤال، ثم يتفق أن النبى صلى الله عليه وسلم يطلع عليه فيخبره بالحكم، بخلافه فى زمن ابن عباس رضى الله عنهما فإنه قد ظهرت الأحكام وعرف جواز النيابة باشتهار حديث الخثعمية وغيره بعلك الناس له وصح تكرار ذلك فهو مظنة أن يعلم أصل جواز النيابة فيفعل بلا سؤال فيكون قول ابن عباس رضى الله عنهما رأيا منه ولأن ابن المفلس ذكر فى كتابه أن بعض العلماء ضعف هذا الحديث بأن سعيد بن أبى عروبة كان يحدّث به بالبصرة فيجعل هذا الكلام من قول ابن عباس ثم كان بالكوفة يسنده إلى النبى صلى الله عليه وسلم وهذا يفيد اشتباه الحال على سعيد وقد عنعنه قتادة ونسب إليه تدليس فلا تقبل عنعنته، ولو سلم فحاصله أمر بأن يبدأ بالحج عن نفسه وهو يحتمل الندب فيحمل عليه بدليل وهو إطلاقه عليه الصلاة والسلام . قوله للخثعمية : «حجى عن أبيك» من غير استخبارها عن حجها لنفسها قبل ذلك . وترك الاستفصال فى وقائع الأحوال ينزل منزلة عموم الخطاب فيفيد جوازه عن الغير مطلقا . وحديث شبرمة يفيد استحباب تقديم حجة نفسه وبذلك يحصل الجمع ويثبت أولوية تقديم الفرض على النفل مع جوازه . والذى يقتضيه النظر أن حج الصرورة عن غيره إن كان بعد تحقيق الوجوب عليه بملك الزاد والراحلة والصحة فهو مكروه كراهة تحريم لأنه يتضيق عليه والحالة هذه فى أوّل سنى الإمكان فيأثم بتركه ؛ وكذا لو تنفل لنفسه ومع ذلك يصح لأن النهى ليس لعين الحج المفعول بل لغيره وهو خشية أن لا يدرك الفرض، إذ الموت فى سنة غير نادر . فعلى هذا يحمل قوله عليه الصلاة والسلام «حج عن نفسك ثم عن شبرمة» على الوجوب، ومع ذلك لا ينفى الصحة ويحمل ترك الاستفصال فى حديث الخثعمية على علمه بأنها حجت عن نفسها أوّلا وإن لم يرو لنا طريق علمه بذلك جمعا بين الأدلة كلها : أعنى دليل التضييق عند الإمكان وحديث شبرمة والخثعمية ، والله سبحانه أعلم .

(باب الهدى)

هذا الباب تتعلق به الأبواب السابقة ، فإن الهدى إما لمتعة أو قران أو إحصار أو جزاء صيد أو كفارة جناية أخرى ، فأخره عنها لأن معرفة هدى المتعة والقران فرع معرفة المتعة والقران وكذا الباقى ، والمقصود أنه يتضمن

(باب الهدى)

لما كثر دور لفظ الهدى فيما تقدم من المسائل نسكا وجزاء ومئونة احتاج إلى بيان الهدى وما يتعلق به من المسائل ، ولما لم يخل وجوبه عن أحد هذه الأشياء أخر ذكره عن ذكر هذه الأشياء وكلامه واضح .

(باب الهدى)

(الهدى أدناه شاة) لما روى « أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن الهدى فقال : أدناه شاة » قال (وهو من ثلاثة أنواع : الإبل والبقر والغنم) لأنه صلى الله عليه وسلم لما جعل الشاة أدنى فلابد أن يكون له أعلى وهو البقر والجزور ، ولأن الهدى ما يهدى إلى الحرم ليتقرب به فيه ، والأصناف الثلاثة سواء فى هذا المعنى (ولا يجوز فى الهدايا إلا ما جاز فى الضحايا) لأنه قربة تعلقت بإراقة الدم كالأضحية فيتخصصان بمحل واحد (والشاة جائزة فى كل شىء إلا فى موضعين : من طاف طواف الزيارة جنبا . ومن جامع بعد الوقوف بعرفة فإنه لا يجوز فيهما إلا البدنة) وقد بينا المعنى فيما سبق (ويجوز الأكل من هدى التطوع والمتعة والقران) لأنه دم نسك فيجوز الأكل منها بمنزلة الأضحية ، وقد صح « أن النبى صلى الله عليه وسلم أكل من لحم هديه وحسا من المرقة » ويستحب له أن يأكل منها لما روينا ، وكذلك يستحب أن يتصدق على الوجه الذى عرف فى الضحايا (ولا يجوز الأكل من بقية الهدايا) لأنها

حالات تستدعى سبق تصوره مفهومات متعلقاتها وتصديقات ببعض أحكام منها (قوله أدناه شاة) يفيد أن له أعلى . وعندنا أفضلها الإبل ثم البقر ثم الغنم (قوله لما روى أنه عليه الصلاة والسلام) هذا بهذا اللفظ لا يعرف إلا من كلام عطاء ، أخرجه الشافعى قال : حدثنا مسلم بن خالد الزنجى عن ابن جريج عن عطاء أنه قال : أدنى ما يهراق من الدماء فى الحج وغيره شاة . وما فى البخارى من باب فمن تمتع بالعمرة إلى الحج عن أبى جمرة نصر بن عمران الضبعى قال : سألت ابن عباس عن المتعة فأفتانى بها ، وسألته عن الهدى فقال : فيه جزور أو بقرة أو شاة أو شرك فى دم الحديث فخاص بهدى المتعة (قوله إلا فى موضعين) تقدم ثالث ، وهو ما إذا طافت امرأة حائضا أو نفساء (قوله بعد الوقوف بعرفة) يعنى قبل الحلق على ما أسلفه من أن الجماع بعده فيه شاة (قوله فيما سبق) يعنى قوله ولأن الجنابة أغلظ من الحدث . وقوله (ولأنه) يعنى الجماع (أعلى أنواع الارتفاقات) (قوله وقد صح) تقدم فى حديث جابر الطويل أنه عليه الصلاة والسلام أكل من الكل ، فإنه قال فيه « ثم أمر من كل بدنة ببضعة فجعلت فى قدر فطبخت » الحديث ، فارجع إليه : ومعلوم أنه كان قارنا ، وكذا أزواجه على ما رجحه بعضهم ، وهدى القران لا يستغرق مائة بدنة ، فعلم أنه أكل من هدى القران والتطوع إلا أنه إنما أكل من هدى التطوع بعد ما صار إلى الحرم ، أما إذا لم يبلغ بأن عطب أو ذبحه فى الطريق فلا يجوز له الأكل منه لأنه فى الحرم تتم القربة فيه بالإزاقة ، وفى غير الحرم لا يحصل به بل بالتصدق فلا بد من التصدق ليحصل المقصود ، ولو أكل منه أو من غيره مما لا يحل له الأكل منه ضمن ما أكله ، وبه قال الشافعى وأحمد ، وقال مالك : لو أكل لقمة ضمنه كله وليس له بيع شىء من لحوم الهدايا وإن كان مما يجوز له الأكل منه ، فإن باع شيئا أو أعطى الجزار أجره منه فعليه أن يتصدق بقيمته ، وحيثما جاز الأكل للمهدى جاز أن يأكل الأغنياء أيضا (قوله وكذلك يستحب أن يتصدق على الوجه الذى عرف فى الضحايا) وهو أن يتصدق بثلثها ويهدى ثلثها وكل دم يجوز له الأكل منه لا يجب عليه

وقوله (وقد بينا المعنى فيما سبق) يريد به قوله بعد ذكر رواية ابن عباس رضى الله عنهما ولأن الجنابة أغلظ من الحدث . وقوله ولأنه أعلى أنواع الارتفاقات فتغلظ موجبه . وقوله (ويجوز الأكل من هدى التطوع) يعنى للمهدى والأغنياء إذا ذبح فى محله على ما نذكره ، وأما الفقراء فيجوز لهم الأكل من جميع الهدايا . وقوله (وحسا من المرقة) أى شرب . وقوله (ويستحب له أن يأكل منها) لأنه لما لم يكن الجواز مستلزما للاستحباب ذكره ثانيا بيانا للاستحباب ، ولو ذكر الاستحباب أولا استغنى عن بيان الجواز لاستلزام الاستحباب إياه . وقوله (لما روينا) إشارة إلى قوله أنه عليه الصلاة والسلام أكل من لحم هديه . وإنما أنث الضمير فى منها للرجوع إلى هدى المتعة والقران والتطوع . وقوله (وكذلك يستحب أن يتصدق) ظاهر ، وقوله عليه الصلاة والسلام

دماء كفارات ، وقد صح «أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أحصر بالحديبية وبعث الهدايا على يدى ناجية **الأسلمى قال** له : لاتأكل أنت ورفقتك منها شيئا » (ولا يجوز ذبح هدى التطوّع والمتعة والقران إلا فى يوم النحر) **قال العبد الضعيف** (وفى الأصل يجوز ذبح دم التطوّع قبل يوم النحر ، وذبحه يوم النحر أفضل وهذا هو الصحيح) لأن القربة فى التطوعات باعتبار أنها هدايا وذلك يتحقق بتبليغها إلى الحرم ، فإذا وجد ذلك جاز ذبحها فى غير يوم النحر ، وفى أيام النحر أفضل لأن معنى القربة فى إراقة الدم فيها أظهر ، أما دم المتعة والقران فلقوله تعالى - فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم -

---

التصدّق بعد الذبح لتمام القربة به . وجملة الكلام فيه أن الدماء نوعان : مايجوز لصاحبه الأكل منه وهو دم المتعة والقران والأضحية وهدى التطوّع إذا بلغ محله ، وما لايجوز وهو دم النذر والكفارات والإحصار ، وكل دم يجوز له الأكل منه لايجب عليه التصدّق به بعد الذبح ، لأنه لووجب لبطل حق الفقراء بالأكل ، وكل دم لايجوز له أن يأكل منه يجب عليه التصدق به بعد الذبح ، ولو هلك بعد الذبح لاضمان عليه فى النوعين لأنه لاصنع له فى الهلاك ، وإن استهلكه بعد الذبح ، فإن كان مما يجب عليه التصدق به يضمن قيمته للفقراء لتعدّيه على حقهم ، وإن كان مما لايجب لايضمن شيئا لأنه لم يتعدّ ، ولو باع اللحم يجوز له بيعه فى النوعين لقيام ملكه إلا أن مالا يجوز له أكله عليه التصدّق بثمنه كذا فى البدائع (قوله وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم) روى أصحاب السنن الأربعة عن ناجية الخزاعى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث معه بهدى وقال له : إن عطب فانحره ثم اصبغ نعله فى دمه ثم خلّ بينه وبين الناس » قال الترمذى : حديث حسن صحيح ، وليس فيه « لاتأكل أنت ولا رفقتك » وقد أسند الواقدى فى أوّل غزوة الحديبية القصة بطولها ، وفيها « أنه عليه الصلاة والسلام استعمل على هديه ناجية بن جندب الأسلمى وأمره أن يتقدمه بها ، قال : وكانت سبعين بدنة ، فذكره إلى أن قال : وقال ناجية بن جندب : عطب معى بعير من الهدى فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم بالأبواء فأخبرته ، فقال : انحرها واصبغ قلائدها فى دمها ولا تأكل أنت ولا أحد من رفقتك منها شيئا وخلّ بينها وبين الناس » وأخرج مسلم وابن ماجه عن قتادة عن سنان بن مسلم عن ابن عباس أن ذؤيبا الخزاعى أبا قبيصة حدّثه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يبعث بالبدن معه ثم يقول : إن عطب منها شىء فخشيت عليه موتا فانحرها ثم اغمس نعلها فى دمها ثم اضرب به صفحتها ولا تطعمها أنت ولا أحد من أهل رفقتك » وأعل بأن قتادة لم يدرك سنانا . والحديث معنعن فى مسلم وابن ماجه ، إلا أن مسلما ذكر له شواهد ولم يسم ذؤيبا بل قال إن رجلا ، وإنما نهى ناجية ومن ذكر عن الأكل لأنهم كانوا أغنياء . قال شارح الكنز : لادلالة لحديث ناجية على المدعى لأنه صلى الله عليه وسلم قال ذلك فيما عطب منها فى الطريق ، والكلام فيما إذا بلغ الحرم هل يجوز له الأكل منه أو لا اهـ . وقد أوجدنا فى هدى التطوّع إذا ذبح فى الطريق امتناع أكله منه وجوازه بل استحبابه إذا بلغ محله . والمعنى الذى ذكره المصنف فى أنها دماء كفارات يستقل بالمطلوب (قوله ولا يجوز ذبح الخ) الحاصل أن دم النذر والكفارات وهدى التطوّع يجوز قبل أيام النحر ، ولا يجوز دم المتعة والقران والأضحية إلا فيها ، ودم الإحصار يجوز فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف قبلها ولا يجوز عند محمد (قوله أما دم المتعة والقران فلقوله تعالى - فكلوا منها - الآية ، إلى قوله - ثم ليقضوا تفثهم -) قد بينا فى كون وقت الطواف وقت الذبح مايفيد مثله وجه كون وقت الذبح وقت

(لا تأكل أنت ورفقتك منها شيئا) إنما نهاهم عن الأكل لأنهم كانوا أغنياء . وقوله (ولا يجوز ذبح هدى التطوّع) ظاهر ووجه الاستدلال بقوله تعالى - فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم - أن الله تعالى عطف قضاء التفث

وقضاء التفث يختص بيوم النحر ، ولأنه دم نسك فيختص بيوم النحر كالأضحية (ويجوز ذبح بقية الهدايا فى أىّ وقت شاء) وقال الشافعى رحمه الله : لايجوز إلا فى يوم النحر اعتبارا بدم المتعة والقران ، فإن كل واحد دم جبر عنده . ولنا أن هذه دماء كفارات فلا تختص بيوم النحر لأنها لما وجبت لجبر النقصان كان التعجيل بها أولى لارتفاع النقصان به من غير تأخير ، بخلاف دم المتعة والقران لأنه دم نسك . قال (ولا يجوز ذبح الهدايا إلا فى الحرم) لقوله تعالى فى جزاء الصيد ـ هديا بالغ الكعبة ـ فصار أصلا فى كل دم هو كفارة ، ولأن الهدى اسم لما يهدى إلى مكان ومكانه الحرم . قال صلى الله عليه وسلم « منى كلها منحر ، وفجاج مكة كلها منحر » (ويجوز أن يتصدّق بها على مساكين الحرم وغيرهم) خلافا للشافعى رحمه الله لأن الصدقة قربة معقولة ، والصدقة على كل

قضاء التفث فارجع تأمله . وأما وجه الاختصاص فطريقه أن ينفى الجواز قبلها وبعدها بالإجماع ، وما ذكرناه يفيد كونه فيها فيلزم من مجموع ذلك الاختصاص بأيام النحر . والمراد الاختصاص من حيث الوجوب على قول أبى حنيفة ، وإلا لو ذبح بعدها أجزأ إلا أنه تارك للواجب وقبلها لايجزئ بالإجماع ، وعلى قولهما كذلك فى القبلية وكونه فيها هو السنة ، حتى لو ذبح بعد التحلل بالحلق لاشىء عليه عندهما ، وعنده عليه دم ، وتقدم تفصيل ذلك. وإذا عرفت هذا فإطلاق عدم الجواز فى قوله ولا يجوز ذبح هدى المتعة والقران إلا فى يوم النحر فيه نوع إيهام (قوله ويجوز ذبح بقية الهدايا) وهى هدى الكفارات والنذر والإحصار على قوله ، والوجه ظاهر فى الكتاب (قوله ولا يجوز ذبح الهدايا إلا فى الحرم) سواء كان تطوّعا أو غيره ، قال تعالى فى جزاء الصيد ـ هديا بالغ الكعبة فكان أصلا فى كل دم وجب كفارة ، وقال تعالى فى دم الإحصار ـ ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدى محله ـ وقال فى الهدايا مطلقا ـ ثم محلها إلى البيت العتيق ـ ولأن الهدى اسم لما يهدى إلى مكان فالإضافة ثابتة فى مفهومه وهو الحرم بالإجماع ، ويجوز الذبح فى أىّ موضع شاء من الحرم ولا يختص بمنى . ومن الناس من قال : لايجوز إلا بمنى ، والصحيح ما قلنا ، قال عليه الصلاة والسلام « كل عرفة موقف وكل منى منحر ، وكل المزدلفة موقف ، وكل فجاج مكة طريق ومنحر » رواه أبو داود وابن ماجه من حديث جابر. فتحصل أن الدماء قسمان

على الأكل من بهيمة الأنعام التى نحروها (وقضاء التفث مختص بيوم النحر) فيكون النحر كذلك . واعترض بأن ثم للتراخى فربما يكون الذبح قبل يوم النحر وقضاء التفث فيه . وأجيب بأن موجب ثم فى التراخى يتحقق بالتأخير ساعة ، فلو جاز الذبح قبل يوم النحر جاز قضاء التفث بعده بساعة وليس كذلك . وقوله (ولأنه دم نسك) أى كل واحد منهما دم نسك ولهذا حل له التناول منه فيختص بالحرم كالأضحية . وقوله (ويجوز ذبح بقية الهدايا) ظاهر . والفجاج جمع الفج : وهو الطريق الواسع بين الجبلين . وقوله (ويجوز أن يتصدق بها على مساكين الحرم وغيرهم)

(قال المصنف : ولايجوز ذبح هدى التطوع والمتعة والقران إلا فى يوم النحر) أقول : يعنى لايجوز قبله ، فالقصر إضافى ، فإنه لو ذبح بعده أجزأه إلا أنه تارك الواجب ، وقبلها لايجزئ بالإجماع ، أو المراد الاختصاص من حيث الوجوب عند أبى حنيفة رحمه الله ، وعلى قولهما كونه فيها هو السنة ، حتى لو ذبح بعد التحلل بالحلق لاشىء عليه ، وعنده عليه دم . وإذا عرفت هذا فإطلاق عدم الجواز فى قوله ولا يجوز ذبح هدى المتعة الخ فيه نوع إيهام (قوله وأجيب ، إلى قوله : فلو جاز الذبح قبل يوم النحر جاز الخ) أقول : غايته أن يثبت الاحتمال ، وقد علم بالدلالة أنه لايكون إلا يوم النحر فتعين لذلك .

فقير قربة . قال (ولا يجب التعريف بالهدايا) لأن الهدى ينبئ عن النقل إلى مكان ليتقرب بإراقة دمه فيه لاعن التعريف فلايجب ، فإن عرّف بهدى المتعة فحسن لأنه يتوقت بيوم النحر فعسى أن لايجد من يمسكه فيحتاج إلى أن يعرّف به ، ولأنه دم نسك فيكون مبناه على التشهير بخلاف دماء الكفارات لأنه يجوز ذبحها قبل يوم النحر على ماذكرنا وسببها الجناية فيليق بها الستر . قال (والأفضل فى البدن النحر وفى البقر والغنم الذبح) لقوله تعالى ـ فصلّ لربك وانحر ـ قيل فى تأويله الجزور ، وقال الله تعالى ـ أن تذبحوا بقرة ـ وقال الله تعالى ـ وفديناه بذبح عظيم ـ والذبح ما أعدّ للذبح ، وقد صح « أن النبى صلى الله عليه وسلم نحر الإبل وذبح البقر والغنم » ثم إن شاء نحر الإبل فى الهدايا قياما وأضجعها ، وأىّ ذلك فعل فهو حسن ، والأفضل أن ينحرها قياما لما روى أنه صلى الله عليه وسلم نحر الهدايا قياما ، وأصحابه رضى الله تعالى عنهم كانوا ينحرونها قياما معقولة اليد اليسرى ، ولا يذبح البقر والغنم قياما لأن فى حالة الاضطجاع المذبح أبين فيكون الذبح أيسر والذبح هو السنة فيهما . قال (والأولى أن يتولى ذبحها بنفسه إذا كان يحسن ذلك) لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم ساق مائة بدنة فى حجة الوداع فنحر نيفا وستين بنفسه ، وولى الباقى عليا رضى الله عنه ، ولأنه قربة والتولى فى القربات أولى لما فيه من زيادة الخشوع ، إلا أن الإنسان قد لايهتدى لذلك ولا يحسنه فجوزنا توليته غيره . قال (ويتصدّق بجلالها

مايختص بالزمان والمكان وما يختص بالمكان فقط (قوله ولا يجب التعريف بالهدايا) سواء أريد بالتعريف الذهاب بها إلى عرفات أو التشهير بالتقليد والإشعار كل ذلك لايجب . وقوله (فعسى أن لايجد من يمسكه) يشير إلى الأول وقوله (فيكون مبناه على التشهير) إلى الثانى (قوله والأفضل الخ) أما نحر الإبل فحديث جابر الطويل فيه « فنحر ثلاثا وستين بيده » الحديث . وأما ذبح البقر والغنم ففى الصحيحين عن عائشة « فدخل علينا يوم النحر بلحم بقر فقلت ماهذا ؟ قالوا : ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أزواجه » وأخرج الستة حديث التضحية بالغنم بما يفيد الذبح . ومن قريب سمعت حديث ذبحه عليه الصلاة والسلام الكبشين الأملحين . وأما أنه نحر الإبل قياما وأصحابه ، ففى الصحيحين عن ابن عمر رضى الله عنهما « أنه مرّ برجل ينحر بدنة وهى باركة فقال : ابعثها قياما مقيدة سنة محمد صلى الله عليه وسلم » وفيهما أيضا عن أنس « أنه صلى الله عليه وسلم صلى الظهر بالمدينة أربعا والعصر بذى الحليفة ركعتين ونحن معه ، إلى أن قال : ونحر رسول الله صلى الله عليه وسلم سبع بدنات قياما » وأخرج أبوداود عن ابن جريج عن أبى الزبير عن جابر قال : وأخبرنى عبد الرحمن بن سابط « أن النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه كانوا ينحرون البدنة معقولة اليد اليسرى قائمة على ما بقى من قوائمها » وأبعد من قال هذا الحديث مرسل بل هو مسند عن جابر وإن كان ابن جريج قال مرة عن عبد الرحمن بن سابط كما هو فى رواية ابن أبى شيبة عنه . هذا وإنما سن النبى صلى الله عليه وسلم النحر قياما عملا بظاهر قوله تعالى ـ فإذا وجبت جنوبها ـ والوجوب السقوط ، وتحققه فى حال القيام أظهر (قوله نيفا وستين) ذكرنا آنفا من حديث جابر أنها ثلاث وستون ، والنيف من واحد إلى ثلاث (قوله إلا أن الإنسان) عن أبى حنيفة : نحرت بدنة قائمة فكدت أهلك

يعنى بعد ماذبحها فى الحرم . وقوله (ولا يجب التعريف بالهدايا) أى الإتيان بها إلى عرفات . وقوله (على ماذكرنا) إشارة إلى قوله لأنها لما وجبت لجبر النقصان كان التعجيل بها أولى لارتفاع النقصان به . وقوله (والأفضل فى البدن النحر) ظاهر . وقوله (قيل فى تأويله الجزور) يعنى انحر الجزور وكلامه فى الباقى واضح . وقوله (فنحر نيفا وستين) النيف بالتشديد كل ما كان بين عقدين وقد يخفف ، وعن المبرد أنه من واحدة إلى

وخطامها ولا يعطى أجرة الجزار منها) لقوله صلى الله عليه وسلم لعلى رضى الله عنه « تصدق بجلالها وبخطمها ولا تعط أجر الجزار منها » (ومن ساق بدنة فاضطر إلى ركوبها ركبها ، وإن استغنى عن ذلك لم يركبها) لأنه جعلها خالصة لله تعالى ، فما ينبغى أن يصرف شيئا من عينها أو منافعها إلى نفسه إلى أن يبلغ محله ، إلا أن يحتاج إلى ركوبها لما روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يسوق بدنة فقال اركبها ويلك » وتأويله أنه كان عاجزا محتاجا ولو ركبها فانتقص بركوبه فعليه ضمان ما نقص من ذلك (وإن كان لها لبن لم يحلبها) لأن اللبن متولد منها فلا يصرفه إلى حاجة نفسه (وينضح ضرعها بالماء البارد حتى ينقطع اللبن) ولكن هذا إذا كان قريبا من وقت الذبح

فئاما[1] من الناس لأنها نفرت فاعتقدت أن لا أنحر الإبل بعد ذلك إلا باركة معقولة وأستعين بمن هو أقوى عليه منى . وفى الأصل : ولا أحبّ أن يذبحه يهودى ولا نصرانى ، فإن ذبحه جاز ، ولا ينبغى أن يذكر مع اسم الله تعالى غيره كأن يقول : اللهم تقبل من فلان لقوله عليه الصلاة والسلام « جردوا التسمية » ويكفى عن هذا أن ينويه أو يذكره قبل ذكر التسمية ثم يقول باسم الله والله أكبر ، كذا فى المبسوط (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام لعلى) روى الجماعة إلا الترمذى عن علىّ رضى الله عنه قال « أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أقوم على بدنه وأقسم جلودها وجلالها . وأمرنى أن لا أعطى الجزار منها شيئا ، وقال : نحن نعطيه من عندنا » وفى لفظ « وأن أتصدق بجلودها وجلالها » ولم يقل فيه البخارى « ونحن نعطيه من عندنا » وفى لفظ « وأمره أن يقسم بدنه كلها لحومها وجلالها وجلودها فى المساكين ولا يعطى فى جزارتها منها شيئا » ، قال السرقسطى : جزارتها بضم الجيم وكسرها فبالكسر المصدر ، وبالضم اسم لليدين والرجلين والعنق ، وكان الجزارون يأخذونها فى أجرتهم (قوله لما روى) فى الصحيحين من حديث أبى هريرة رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يسوق بدنة فقال له اركبها ، قال : إنها بدنة ، قال اركبها ، قال : فرأيته راكبها يساير النبى صلى الله عليه وسلم » قال ابن العطار فى شرح العمدة : لم نر اسم هذا المبهم . وقد اختلف فى ركوب البدنة المهداة ؛ فعن بعضهم أنه واجب لإطلاق هذا الأمر مع ما فيه من مخالفة سيرة الجاهلية وهى مجانبة السائبة والوصيلة والحامى . وردّ هذا بأنه عليه الصلاة والسلام لم يركب هديه ولم يركبه ولا أمر الناس بركوب هداياهم . ومنهم من قال : له أن يركبها مطلقا من غير حاجة تمسكا بإطلاق هذا . وقال أصحابنا والشافعى رحمهم الله : لا يركبها إلا عند الحاجة حملا للأمر المذكور ، على أنه كان لما رأى عليه الصلاة والسلام من حاجة الرجل إلى ذلك ، ولا شك أنه فى واقعة حال فاحتمل الحاجة به واحتمل عدمها ، فإن وجد دليل يفيد أحدهما حمل عليه وقد وجد من المعنى ما يفيده وهو أنه جعلها كلها لله تعالى فلا ينبغى أن يصرف منها شيئا لمنفعة نفسه فيجعل محمل تلك الواقعة . ثم رأينا اشتراط الحاجة ثابتا بالسنة وهو ما فى صحيح مسلم عن أبى الزبير قال : سمعت جابر بن عبد الله رضى الله عنهما يسأل عن ركوب الهدى فقال : سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يقول « اركبها بالمعروف إذا ألجئت إليها » فالمعنى يفيد منع الركوب مطلقا والسمع ورد بإطلاقه بشرط الحاجة رخصة فيبقى فيما وراءه على المنع الأصلى الذى هو مقتضى المعنى لا بمفهوم الشرط . وفى الكافى للحاكم : فإن ركبها أو حمل متاعه عليها للضرورة ضمن ما نقصها ذلك : يعنى إن نقصها شىء من ذلك ضمنه (قوله وينضح ضرعها) أى يرشه بالماء وهو بكسر الضاد المعجمة من باب ضرب

ثلاث ، والنضح الرش والبل . ومنه ينضح ضرعها بكسر الضاد .

(١) (قوله فئاما) الفئام ككتاب : الجماعات من الناس كما فى القاموس ، وما فى بعض النسخ قياما بالقاف تحريف كتبه مصححه .

فإن كان بعيدا منه يحلبها ويتصدق بلبنها كي لايضرّ ذلك بها ، وإن صرفه إلى حاجة نفسه تصدّق بمثله أو بقيمته لأنه مضمون عليه (ومن ساق هديا فعطب ، فإن كان تطوّعا فليس عليه غيره) لأن القربة تعلقت بهذا المحل وقد فات (وإن كان عن واجب فعليه أن يقيم غيره مقامه) لأن الواجب باق فى ذمته (وإن أصابه عيب كبير يقيم غيره مقامه) لأن المعيب بمثله لايتأدّى به الواجب فلا بدّ من غيره (وصنع بالمعيب ماشاء) لأنه التحق بسائر أملاكه (وإذا عطبت البدنة فى الطريق ، فإن كان تطوّعا نحرها وصبغ نعلها بدمها وضرب بها صفحة سنامها ولا يأكل هو ولا غيره من الأغنياء) منها بذلك أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ناجية الأسلمى رضى الله عنه ، والمراد بالنعل قلادتها ، وفائدة ذلك أن يعلم الناس أنه هدى فيأكل منه الفقراء دون الأغنياء .

(قوله لأن القربة تعلقت بهذا المحل وقد فات) أورد عليه لم لايكون كأضحية الفقير فإنها تطوّع عليه ، وإذا اشتراها للتضحية يتعين عليه للوعد مالايتعين على الغنى ، حتى إن الغنى إذا اشترى أضحية فضلت فاشترى أخرى ثم وجد الأولى فى أيام النحر كان له أن يضحى بأيهما شاء ، ولو كان معسرا فالواجب عليه أن يضحى بهما . أجيب بأن ذلك فيما إذا أوجب الفقير بلسانه فى كل من الشاتين بعد ما اشتراها للأضحية ، أما لو لم يوجب بلسانه فلا يجب عليه شىء بمجرد الشراء ، ذكره فى النهاية . واستوضحه بمسئلة من فتاوى قاضيخان : لو اشترى الفقير الأضحية فماتت أو باعها لا تلزمه أخرى ، وكذا لو ضلت . واعلم أن معنى الإيراد أنهم ذكروا فى غير موضع مسئلة أضحية الفقير مطلقة عن الإيجاب بلسانه فردّها إلى التقييد به لازم ، وإلا لم يكن له معنى لظهور عدم الوجوب بلا إيجاب من الشرع أو العبد ، ولو كانت هذه البدنة عن واجب كان عليه أن يقيم غيرها مقامها لأن الواجب كان فى ذمته شاة غير معينة ، وبشراء شاة للإسقاط لاتتعين عن ذلك الواجب مالم تذبح عنه والذمة ما عنه يثبت فى الآدمى أهلية الإيجاب والاستيجاب (قوله وإن أصابه عيب كبير) بأن ذهب أكثر من ثلث الأذن مثلا على قول أبى حنيفة ، وعلى قول أبى يوسف ومحمد : إذا ذهب أكثر من النصف على ما يعرف فى كتاب الأضحية إن شاء الله تعالى (قوله وإذا عطبت البدنة) أى قربت من العطب حتى خيف عليها الموت أو امتنع عليها السير لأن النحر بعد حقيقة الهلاك لايكون . والحاصل أن المراد بالعطب الأول حقيقته وبالثانى القرب منه ، ذكره لبيان ماشرع فيه إذا بلغ هذه الحالة (قوله وبذلك أمر رسول الله عليه الصلاة والسلام) تقدم قريبا (قوله وفائدة ذلك) أى فائدة صبغ نعلها

وقوله (ومن ساق هديا فعطب) ظاهر . واعترض بأنه لم لايكون كأضحية الفقير فإن عليه تطوّع ومع ذلك وجب عليه إعادته إذا ضلت الشاة المشتراة لها ، حتى لو اشترى غيرها ثم وجد الضالة وجب عليه ذبحها . وأجيب بأن ذلك فيما إذا أوجب الفقير بلسانه على نفسه فى كل واحدة من الشاتين بعد مااشتراها للأضحية ، حتى لو لم يفعل كذلك لايجب عليه شىء بمجرد الشراء للأضحية قال فى فتاوى قاضيخان : لو اشترى الفقير شاة للأضحية فماتت أو باعها لاتلزمه أخرى وكذا لو ضلت . والعيب الكبير هو أن يذهب أكثر من ثلث الأذن عند أبى حنيفة ، وعندهما هو أن يذهب أكثر من نصفها ، والعطب بفتحتين : الهلاك ، ومعنى عطبت البدنة : أى قربت إلى العطب وبهذا خرج الجواب عما قيل هذا وقع مكررا بما قال أولا ومن ساق هديا

(قوله والعيب الكبير هو أن يذهب أكثر من ثلث الأذن عند أبى حنيفة رحمه الله) أقول : التخصيص بالأذن لم يظهر لى وجهه وإن قدر لفظ مثلا ، إلا أن يقال : وجهه وقوع العيب فيها غالبا (قال المصنف : لأن المعيب بمثله) أقول : لفظ المثل مقحم (قوله وبهذا خرج الجواب عما قيل هذا وقع مكررا) أقول : وبدون هذا التأويل لاتكرار أيضا ، إذ لم يذكر فى الأول صبغ النعل بالدم وغيره كما لايخفى .

وهذا لأن الإذن بتناوله معلق بشرط بلوغه محله ، فينبغي أن لايحل قبل ذلك أصلا ، إلا أن التصدق على الفقراء أفضل من أن يتركه جزرا للسباع ، وفيه نوع تقرب والتقرب هو المقصود (فإن كانت واجبة أقام غيرها مقامها وصنع بها ماشاء) لأنه لم يبق صالحا لما عينه وهو ملكه كسائر أملاكه (ويقلد هدى التطوّع والمتعة والقران) لأنه دم نسك ، وفى التقليد إظهاره وتشهيره فيليق به (ولا يقلد دم الإحصار ولا دم الجنايات) لأن سببها الجناية والستر أليق بها ، ودم الإحصار جابر فيلحق بجنسها . ثم ذكر الهدى ومراده البدنة لأنه لايقلد الشاة عادة . ولا يسن تقليدها عندنا لعدم فائدة التقليد على ماتقدم ، والله أعلم .

بدمها وضرب صفحتها به ليعلم أنه هدى (قوله جزرا للسباع) الجزر بفتحتين : اللحم الذى تأكله السباع . قال الشاعر : وتركته جزر السباع ينشنه ... مابين قلة رأسه والمعصم

وقال آخر :

إن يفعلا فلقد تركت أباهما ... جزر الخامعة ونسر قشعم

(قوله وصنع بها ماشاء) من بيع وغيره (قوله ودم الإحصار جابر فيلحق بجنسها) أى بجنس الدماء الجابرة وهي دماء الجنايات فلا يقلدها هدى الإحصار كما لايقلد هدى الجنايات (قوله ومراده) يعنى أن قوله يقلد هدى التطوّع والمتعة والقران عام أريد به الخصوص وهو البدنة فيدخل البقر دون الشاء (قوله على ماتقدم) يريد ماذكره قبل باب القران من قوله وتقليد الشاة غير معتاد ، ولم يذكر هناك عدم الفائدة التى هى عدم الضياع ، فإن الغنم تضيع إذا لم يكن معها صاحبها .

[فروع من ظاهر الرواية من الأصل مشروحة فى المبسوط] كل من وجب عليه دم من المناسك جاز له أن يشارك ستة نفر قد وجب الدماء عليهم وإن اختلفت أجناسها من دم متعة وإحصار وجزاء صيد وغير ذلك . ولو كان الكل من جنس واحد كان أحب إلىّ ، فإن اشترى بدنة لمتعة مثلا ثم اشترك فيها ستة بعد ما أوجبها لنفسه خاصة لايسعه ذلك لأنه لما أوجبها صار الكل واجبا عليه قدر مايجزى فى هدى المتعة كان واجبا عليه ، وما زاد على ذلك وجب بإيجابه . وليس له أن يبيع شيئا مما أوجبه هديا ، فإن فعل فعليه أن يتصدق بالثمن ، وإن كان نوى أن يشترك معه فيها ستة نفر أجزأته .لأنه ما أوجب الكل على نفسه بالشراء، فإن لم تكن له نية عند الشراء ولكن لم يوجبها حتى أشرك الستة جاز ، والأفضل أن يكون ابتداء الشراء منهم أو من أحدهم بأمر الباقين حتى تثبت الشركة فى الابتداء ، وإذا ولدت البدنة بعد ما اشتراها لهديه ذبح ولدها معها لأنه جعلها لله تعالى خالصة والولد جزء منها ثم انفصل بعد ماسرى إليه حق الله تعالى فعليه أن يذبحه معها . ولو باع الولد فعليه قيمته ، فإن اشترى بها هديا فحسن،وإن تصدق بها فحسن اعتبارا للقيمة بالولد ، فإن الأفضل أن يذبح ، ولو تصدّق به كذلك أجزأ فكذلك بالقيمة ، وإذا مات أحد الشركاء فرضى وارثه أن ينحرها معهم عن الميت أجزأهم استحسانا

فعطب لأن ذلك فى حقيقة العطب وهذا فى الإشراف عليه .والجزر بفتحتين : اللحم الذى يأكله السباع . وقوله (على ماتقدم) إشارة إلى ماذكر قبيل باب القران بقوله وتقليد الشاة غير معتاد وليس بسنة .

(قال المصنف : لأن الأذن يتناوله معلق بشرط بلوغه محله فينبغي أن لايحل قبل ذلك أصلا) أقول : فيه بحث ، لأن مفهوم الشرط لايعتبر عندنا (قال المصنف : فإن كانت واجبة أقام غيرها مقامها الخ) أقول : كان الأنسب أن يقال : وإن كانت بالواو .

مسائل منثورة

(أهل عرفة إذا وقفوا فى يوم وشهد قوم أنهم وقفوا يوم النحر أجزأهم) والقياس أن لايجزيهم اعتبارا بما إذا وقفوا يوم التروية ، وهذا لأنه عبادة تختص بزمان ومكان فلا يقع عبادة دونهما . وجه الاستحسان أن هذه

وفى القياس لايجزيهم لأن الميت لم يوص به فقد انقطع حق القربة عن نصيبه فصار ميراثا ، وهذا التقرب تقرب بطريق الإتلاف وذلك لايجوز عن الميت إلا بأمره كالعتق ولكنه استحسن فقال : يجوز لأن المقصود هو التصدّق وتقرّب الوارث بالتصدق عن الميت صحيح بلا إيصاء ، فكذا تقرّبه بإبقاء ما قصد المورث بنصيبه بإراقة الدم والتصدق به يكون صحيحا ، ولو كان أحد الشركاء كافرا أو مسلما يريد به اللحم دون الهدى لم يجزهم لأن الإراقة واحدة ، فلا يتصور أن يجتمع فيها القربة وعدمها ، وأىّ الشركاء نحرها يوم النحر أجزأ عن الكل ، وإذا غلط رجلان فذبح كل منهما هدى صاحبه أجزأهما استحسانا لا فى القياس لأن كلا غير مأمور من جهة الآخر فصار ضامنا ، لكنه استحسن فقال : كل مأذون فيما صنع دلالة لأن صاحب الهدى يستعين بكل أحد عادة فكان كالإفصاح بالإذن ويأخذ كل منهما هديه من صاحبه . وعن أبى يوسف : كل منهما بالخيار بين أن يأخذ من صاحبه هديه ، وبين أن يضمنه فيشترى بالقيمة هديا آخر يذبحه فى أيام النحر وإن كان بعدها تصدق بالقيمة ، وجميع ماذكرناه فى الهدى مثله فى الأضحية . ومن اشترى هديا فضلّ فاشترى مكانه آخر وأوجبه ثم وجد الأول ، فإن نحرهما فهو أفضل ، وإن نحر الأول وباع الثانى جاز لأن الثانى لم يكن واجبا عليه ، وإن باع الأول وذبح الثانى أجزأه إلا أن تكون قيمة الأول أكثر فيتصدق بالفضل . وهدى المتعة والتطوّع فى هذا سواء لأنهما صارا لله تعالى إذ جعلهما هديا فى الوجهين جميعا ، وإن ساق بدنة لاينوى بها الهدى قال : إن كان ساقها إلى مكة فهى هدى ، وأراد بهذا إذا قلدها وساقها لأن هذا لايفعل عادة إلا بالهدى فكان سوقها بعد إظهار علامة الهدى عليها بمنزلة جعله إياها بلسانه هديا .

(مسائل منثورة)

من عادة المصنفين أن يذكروا عقيب الأبواب ماشذّ منها من المسائل فتصير مسائل من أبواب متفرقة فتترجم تارة بمسائل منثورة وتارة بمسائل شتى (قوله وشهد قوم) صورتها أن يشهدوا أنهم رأوا هلال ذى الحجة فى ليلة

(مسائل منثورة)

من عادة المصنفين أن يذكروا فى آخر الكتاب ما شذ وندر من المسائل فى الأبواب السالفة فى فصل على حدة تكثيرا للفائدة ، ويترجموا عنه بمسائل منثورة أو مسائل متفرقة أو مسائل شتى أو مسائل لم تدخل فى الأبواب ،

(مسائل منثورة)

(قال المصنف : أهل عرفة إذا وقفوا فى يوم وشهد قوم أنهم وقفوا يوم النحر أجزأهم . والقياس أن لايجزئهم اعتبارا بما إذا وقفوا يوم التروية الخ) أقول : قال صدر الشريعة فى شرحه للوقاية : لفظ الهداية اعتبارا بما إذا وقفوا يوم التروية . وقد كتب فى الحواشى : شهد قوم أن الناس وقفوا يوم التروية . أقول : صورة هذه المسئلة مشكلة ، لأن هذه الشهادة لاتكون إلا بأن الهلال لم ير ليلة كذا وهو ليلة يوم الثلاثين بل رؤى ليلة بعده وكان شهر ذى القعدة تماما ، ومثل هذه الشهادة لاتقبل لاحتمال كون ذى القعدة تسعة وعشرين .

شهادة قامت على النفى وعلى أمر لايدخل تحت الحكم لأن المقصود منها نفى حجهم ، والحج لايدخل تحت الحكم فلا تقبل ، ولأن فيه بلوى عاما لتعذر الاحتراز عنه والتدارك غير ممكن ، وفى الأمر بالإعادة حرج بين فوجب أن يكتفى به عند الاشتباه ، بخلاف ما إذا وقفوا يوم التروية لأن التدارك ممكن فى الجملة بأن يزول الاشتباه

كذا اليوم يكون يوم الوقوف منه العاشر . وذكر للاستحسان أوجها : أحدها أنها قامت على النفى : أى نفى جواز الوقوف ومالا يدخل تحت الحكم ، وليس هذا بشىء لأنها قامت على الإثبات حقيقة وهو رؤية الهلال فى ليلة قبل رؤية أهل الموقف ، ثم هو يستلزم عدم جواز وقوفهم ، ولا حاجة إلى الحكم بل الفتوى تفيد عدم سقوط الفرض فيخاطب به ، وعدم سقوطه هو المراد ههنا وصار كما لو رآه أهل الموقف كذلك ثم أخروا الوقوف . ثانيها أن شهادتهم مقبولة لما ذكرنا ، لكن لايستلزم عدم صحة الوقوف لعدم وقوعه فى وقته بل قد وقع فى وقته شرعا ، وهو اليوم الذى وقف فيه الناس على اعتقادهم أنه التاسع لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال « صومكم يوم تصومون وفطركم يوم تفطرون وعرفتكم يوم تعرّفون وأضحاكم يوم تضحون » أى أن وقت الوقوف بعرفة عند الله تعالى اليوم الذى يقف فيه الناس عن اجتهاد ورأى أنه يوم عرفة . ثالثها أنها مقبولة لكن وقوفهم جائز لأن هذا النوع من الاشتباه مما يغلب ولا يمكن التحرز عنه ، فلو لم يحكم بالجواز بعد الاجتهاد لزم الحرج الشديد وقد نفاه بفضله الغنى عن العالمين . وهذا الوجه يصلح بيانا بالحكمة الدليل السمعى المذكور فيما قبله ، وإذا كانت هذه الشهادة لايترتب عليها عدم صحة الوقوف فلا فائدة فى سماعها للإمام فلا يسمعها لأن سماعها يشهرها بين عامة الناس من أهل الموقف فيكثر القيل والقال فيها وتثور الفتنة وتتكدر قلوب المسلمين بالشك فى صحة حجهم بعد طول عنائهم ، فإذا جاءوا ليشهدوا يقول لهم انصرفوا لانسمع هذه الشهادة قد تم حج الناس . وهل يجوز وقوف الشهود ؟ روى هشام عن محمد أنه يجوز وقوفهم وحجهم . قال محمد رحمه الله : وإذا كان من رأى الهلال وقف يوم عرفة : يعنى فى اليوم الذى شهد لم يجز وقوفه وعليه أن يعيد الوقوف مع الإمام لأن يوم النحر جاز أن يكون يوم الحج فى حق الجماعة ، ووقت الوقوف لايجوز أن يختلف فيه فلا يعتد بما فعله بانفراده ، وكذا إذا أخر الإمام الوقوف لمعنى يسوغ فيه الاجتهاد لم يجز وقوف من وقف قبله . فإن شهد شاهدان بهلال ذى الحجة فردت شهادتهما لأنه لاعلة بالسماء فوقف بشهادتهما قوم قبل الإمام لم يجز وقوفهم لأنه أخره بسبب يجوز العمل عليه فى الشرع فصار كما لو أخره للاشتباه (قوله بخلاف ما إذا وقفوا يوم التروية لأن التدارك ممكن) يعنى إذا ظهر لهم خطؤهم والكلام فى تصوير ذلك ، ولاشك أن وقوفهم يوم التروية على أنه التاسع لايعارضه شهادة من شهد أنه الثامن لأن اعتقاده أنه الثامن إنما يكون بناء على أن أول ذى الحجة ثبت بإكمال عدة ذى القعدة واعتقاده التاسع بناء على أنه رئى

وصورة المسئلة أن يشهد قوم أنهم رأوا هلال ذى الحجة فى ليلة كان اليوم الذى وقفوا فيه اليوم العاشر ، وكلامه

وصورة المسئلة أن الناس وقفوا ثم علموا بعد الوقوف أنهم غلطوا فى الحساب وكان الوقوف يوم التروية ، فإن علم هذا المعنى قبل الوقت بحيث يمكن التدارك فإن الإمام يأمر الناس بالوقوف ، وإن علم ذلك فى وقت لايمكن تداركه فبناء على الدليل الأول وهو إمكان التدارك ينبغى أن لايعتبر هذا المعنى ، ويقال : قد تم حج الناس ، أما بناء على الدليل الثانى وهو أن جواز المقدم لانظير له لايصح الحج اه . وفيه بحث ، فإن الدليل الأول هو عدم إمكان التدارك أصلا ، وفى الوقوف يوم التروية كان ممكنا فى الجملة كما أشار إليه فى الكتاب ، ولايضر انسداد باب الإمكان بأن لايعلم ذلك إلا بعد الوقت لسانح الحال . قال فى الجامع الصغير للإمام قاضيخان : لو تبين أنهم وقفوا يوم التروية لايجزئهم

يوم عرفة ، ولأن جواز المؤخر له نظير ولا كذلك جواز المقدم . قالوا : ينبغي للحاكم أن لا يسمع هذه الشهادة ويقول قد تم حج الناس فانصرفوا لأنه ليس فيها إلا إيقاع الفتنة . وكذا إذا شهدوا عشية عرفة برؤية الهلال ، ولا يمكنه الوقوف فى بقية الليل مع الناس أو أكثرهم لم يعمل بتلك الشهادة . قال (ومن رمى فى اليوم الثانى الجمرة الوسطى والثالثة ولم يرم الأولى ، فإن رمى الأولى ثم الباقيتين فحسن) لأنه راعى الترتيب المسنون (ولو رمى الأولى وحدها أجزأه) لأنه تدارك المتروك فى وقته ، وإنما ترك الترتيب . وقال الشافعى رحمه الله : لا يجزيه ما لم يعد الكل لأنه شرع مرتبا فصار كما إذا سعى قبل الطواف أو بدأ بالمروة قبل الصفا . ولنا أن كل جمرة قربة مقصودة بنفسها

قبل الثلاثين من ذى القعدة فهذه شهادة على الإثبات . والقائلون إنه الثامن حاصل ما عندهم نفى محض ، وهو أنهم لم يروا ليلة الثلاثين من ذى القعدة ورآه الذين شهدوا فهى شهادة مقبولة لا معارض لها (قوله وكذا إذا شهدوا عشية عرفة) بأن شهدوا فى الليلة التى هم بها فى منى متوجهين إلى عرفات أن اليوم الذى خرجنا به من مكة المسمى بيوم التروية كان التاسع لا الثامن ، ولا يمكنه الوقوف بأن يسير إلى عرفات فى تلك الليلة ليقف ليلة النحر بالناس أو أكثرهم لم يعمل بها ويقف من الغد بعد الزوال لأنهم وإن شهدوا عشية عرفة لكن لما تعذر الوقوف فيما بقى من الليل صار كشهادتهم بعد الوقت ، وإن كان الإمام يمكنه الوقوف فى الليل مع الناس أو أكثرهم ولا يدركه ضعفة الناس لزمه الوقوف ثانيا ، فإن لم يقف فات حجه لترك الوقوف فى وقته مع القدرة عليه (قوله ولنا أن كل جمرة قربة مقصودة بنفسها) فلا يتعلق جواز رمى إحداها برمى أخرى ، هذا هو الأصل فى القرب المتساوية الرتب . ولولا ورود النص فى قضاء الفوائت بالترتيب قلنا لا يلزم فيها أيضا ، بخلاف ترتيب السعى على الطواف لأنه اعتبر تبعا حتى لا يشرع إلا عقيب طواف ، وبخلاف المروة فإن البداءة من الصفا قد ثبتت

واضح لا يقبل الشرح . وقوله (وكذا إذا شهدوا عشية عرفة) صورته أن الشهود شهدوا فى الطريق قبل أن يلحقوا عرفات عشية عرفة وقالوا : رأينا هلال ذى الحجة وهذا اليوم هو التاسع ، فإن كان الإمام لا يلحق الوقوف فى بقية الليل مع أكثر الناس لا تسمع هذه الشهادة ويقفون من الغد بعد الزوال لأنهم لما شهدوا وقد تعذر الوقوف صار كأنهم شهدوا بعد الوقت فلا تسمع وإن كان يلحق الوقوف مع أكثر الناس ، ولكن لا يلحق الضعفة فإن ، وقف جاز وإلا فات الحج لأنه ترك الوقوف مع العلم به والقدرة عليه لأن المعتبر قدرة الأكثر دون الأقل (ومن رمى فى اليوم الثانى الجمرة الوسطى والثالثة ولم يرم الأولى) يعنى التى تلى مسجد الخيف ثم جاء يعيد الرمى فى يومه ، فإن اقتصر على رمى التى تركها أجزأه لأنه أتى بأصل الرمى فى وقته ، وإنما ترك المسنون من الترتيب وذلك لا يوجب عليه شيئا ، وإن أعاد الجمار الثلاث فحسن لما فيه من مراعاة سنة الترتيب ، وهذا نظير ما سبق أن الطائف إذا دخل الحطيم فى طوافه لا ينبغى له ذلك ، فإن أعاد على الحطيم وحده أجزأه ، وإن أعاد الطواف كله كان حسنا (وقال الشافعى : لا يجزئه ما لم يعد الكل لأنه شرع مرتبا) ترتيبا صار به الثانى كالجزء من الأول بدليل أنه إذا ترك الكل يجب دم واحد فلا يجوز التفريق فيما بينهما فصار ترك الترتيب فيها كتقديم السعى على الطواف أو الابتداء بالمروة قبل الصفا ، بخلاف الصلوات فإن كل واحدة منها قربة مقصودة بذاتها فلا يكون الترتيب بينها واجبا (ولنا أن كل جمرة قربة مقصودة بنفسها) لتعلق كل منها ببقعة على حدة والبقعة فى باب الحج

وإن لم يعلموا بذلك إلا يوم النحر (قوله فإن اقتصر على رمى التى تركها الخ) أقول : أى على رمى الجمرة التى تركها .

فلا يتعلق الجواز بتقديم البعض على البعض ، بخلاف السعى لأنه تابع للطواف لأنه دونه ، والمروة عرفت منتهى السعى بالنص فلا تتعلق بها البداءة . قال (ومن جعل على نفسه أن يحج ماشيا فإنه لايركب حتى يطوف طواف الزيارة) وفى الأصل خيره بين الركوب والمشى ، وهذا إشارة إلى الوجوب ،

بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم « ابدءوا بما بدأ الله به » بصيغة الأمر على ماقدمناه من تخريجه . فالترتيب الواقع فعلا منه صلى الله عليه وسلم محمول على السنة إذ مجرد الفعل لايفيد أكثر من ذلك . وقد تضمن هذا التقرير منع ماقيل من قبل الشافعى إن رمى الجمار قربة واحدة بدليل لزوم دم واحد فى ترك كلها . قلنا : إقامتها فى أماكن مختلفة ظاهر فى التعدد فيجب البقاء معه حتى يوجب الخروج عنه موجب ، وتماثل الأعمال لايوجبه بل هى أولى بالتعدد من الأسابيع المتعددة من الطواف لأنها تقام فى محل واحد ، واتحاد الدم ليس للوحدة الحقيقية شرعا بل يثبت مع التعدد عند اتحاد الجنس فى الجنايات رحمة وفضلا على ماعرف فى شرب الخمر وزنا غير المحصن مرارا إذا ثبتت كلها يلزم موجب واحد ، فكذا الدم لأن لزومه موجب جناية . ولو سلم اعتبارها واحدة فى حق حكم لايلزم اعتبارها كذلك فى حق كل حكم مع قيام التعدد الحقيقى بل فى خصوص ذلك المحل . هذا مع أن المعقول فى محل اعتبارها واحدة وهو موضع الجناية الحكم بتداخلها فضلا وهو منتف فى ترك الترتيب (قوله ومن جعل على نفسه أن يحج ماشيا فإنه لايركب حتى يطوف طواف الزيارة) وهذا لأنه التزم القربة بصفة الكمال فتلزمه بتلك الصفة كالتزام التتابع فى الصوم (وفى الأصل خيره بين أن يركب وبين أن يمشى . وهذا) أعنى مافى الجامع وهو قوله لايركب حتى يطوف (إشارة إلى الوجوب) وهو الظاهر لما قلنا ؛ وإنما انتهى المشى بالطواف لأنه منتهى أعمال الحج . فإن قيل : فقد كره أبو حنيفة الحج ماشيا فكيف يكون صفة كمال ؟ قلنا إنما كرهه إذا كان مظنة سوء خلق الفاعل له كأن يكون صائما مع المشى أو ممن لايطيق المشى فيكون سببا للمأثم من مجادلة الرفيق والخصومة ، وإلا فلا شك أن المشى أفضل فى نفسه لأنه أقرب إلى التواضع والتذلل . وعن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال لما كف بصره : ما أسفت على شىء كأسفى على أن لم أحج ماشيا . فإن الله تعالى قدم المشاة فقال تعالى ـ يأتوك رجالا وعلى كل ضامر ـ وعنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من حج ماشيا كتب له بكل خطوة

أصل فكان ماشرع فيه أصلا فلا يتعلق جواز البعض ببعض ، ألا ترى أنه لو أعاد مرتبا كان مؤديا لا قاضيا . بخلاف الصلوات فإن النص فيها ناطق بأن من صلى بلا ترتيب صلى قبل وقتها فلا يجوز . وقوله (لأنه دونه) أى لأن السعى دون الطواف يعنى أحط منزلة من الطواف لأن الطواف فرض كطواف الزيارة أو من جنس الفرض كطواف القدوم ، وأما السعى فواجب على كل حال فكان دون الطواف فصلح أن يكون تابعا للطواف . وقوله (والمروة عرفت منتهى السعى بالنص) وهو قوله عليه الصلاة والسلام «ابدءوا بما بدأ الله به» أراد به قوله تعالى ـ إن الصفا والمروة من شعائر الله ـ (فلا تتعلق بها البداءة) قال (ومن جعل على نفسه أن يحج ماشيا)أى ومن نذر أن يحج ماشيا وجب عليه أن لايركب حتى يطوف طواف الزيارة وهو رواية الجامع الصغير وهو الصحيح (وخير فى الأصل)يعنى المبسوط (بين الركوب والمشى) بعد النذر لأن الحج ماشيا يكره وراكبا أفضل لكنه ورد فيه النص على ماذكره فكان مخيرا . وقوله(وهذا)إشارة إلى قوله لايركب ، يعنى رواية الجامع الصغير تقتضى ترك الركوب على

(قوله لأن الحج ماشيا يكره وراكبا أفضل لكنه ورد فيه النص الخ) أقول : إذا ورد فيه النص كيف يكره ؟

. . . .

حسنة من حسنات الحرم ، قيل ماحسنات الحرم ؟ قال : كل حسنة بسبعمائة » . لايقال : لانظير للمشى فى الواجبات ، ومن شرط صحة النذر أن يكون من جنس المنذور واجب على ماذكرته فى كتاب الصوم . لأنا نقول : بل له نظير ، وهو مشى المكى الذى لايجد الراحلة وهو قادر على المشى ، فإنه يجب عليه أن يحج ماشيا ونفس الطواف أيضا . ثم اختلف المشايخ فى محل ابتداء وجوب المشى لأن محمدا لم يذكره قيل من الميقات ، والأصح أنه من بيته لأنه المراد عرفا ، ويدل عليه من الرواية ماعن أبى حنيفة : لوأن بغداديا قال : إن كلمت فلانا فعلىّ أن أحج ماشيا فلقيه بالكوفة فكلمه فعليه أن يمشى من بغداد ، ولوأحرم من بيته فالاتفاق على أنه يمشى من بيته ، وقد عرف من هذا أن لافرق فى الوجوب بين أن ينجز النذر أو يعلقه كإن شفى الله مريضى أو قدم زيد فعلىّ حجة أو عمرة . ولافرق بين قوله لله علىّ أو علىّ حجة فى الإيجاب . ولو قال علىّ المشى إلى بيت الله ولم يذكر حجة ولاعمرة فحنث فعليه أحد النسكين حجة أو عمرة استحسانا . وفى القياس لاشىء عليه . وجه الاستحسان أنه قد تعورف إيجاب النسك بهذا اللفظ ، فكان كقوله علىّ أحد النسكين ، فإن جعلها حجة مشى فلم يركب حتى يطوف أو عمرة مشى حتى يحلق . ولو قرنها بحجة الإسلام جاز . فإن ركب فعليه دم مع دم القران لأنه ترك واجبا . ولو نذر حجة ماشيا ثم أحرم من الميقات بعمرة تطوّعا ثم أضاف إليها الحجة أجزأه مالم يطف لعمرته وهو قارن ، ولو أحرم بعد ماطاف لعمرته لم يجز وعليه دم . وكل من نذر وقال إن شاء الله تعالى متصلا لم يلزمه شىء .

واعلم أن مقتضى الأصل أن لايخرج عن عهدة النذر إذا ركب كما لو نذر الصوم متتابعا فقطع التتابع ، ولكن ثبت ذلك فى الحج نصا فوجب العمل به ، وهو ما عن ابن عباس رضى الله عنهما « أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تمشى إلى البيت ، فأمرها النبى صلى الله عليه وسلم أن تركب وتهدى هديا » رواه أبو داود وسنده حجة . ومافى رواية مسلم أنه قال صلى الله عليه وسلم فيها « لتمش ولتركب » ولم يزد فى هذه الرواية على ذلك ، فمحمول على ذكر بعض المروى بدليل ماصرحت به الرواية الأخرى ، ثم إطلاق الركوب فى الروايتين محمول على علمه بعجزها عن المشى بدليل ما فى الرواية الأخرى لأبى داود عن ابن عباس رضى الله عنهما « أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تحج ماشية وإنها لاتطيق المشى ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : إن الله لغنىّ عن مشى أختك ، فلتركب ولتهد بدنة » إلا أنه عمل بإطلاق الهدى من غير تعيين بدنة لقوة روايتها . وإذا عرف أن إيجاب النسك بنذر المشى إلى بيت الله تعالى لتعارف إرادة ذلك عرف أنه مقيد بما إذا لم تكن له نية غيره ، فلو نوى به المشى إلى مسجد المدينة المكرمة أو مسجد بيت المقدس أو مسجد غيرهما لم يلزمه شىء . أما صحة نيته فلمطابقتها للفظه إذ المساجد كلها بيوت الله تعالى ، وإذا صحت لم يلزمه شىء لأن سائر المساجد يجوز الدخول فيها بلا إحرام فلا يصير به ملتزما للإحرام وقوله على المشى إلى مكة أو الكعبة فهو كقوله إلى بيت الله . ولو قال علىّ المشى إلى الحرم أو المسجد الحرام لاشىء عليه عند أبى حنيفة لعدم العرف فى التزام النسك به ، وقالا : يلزمه النسك أخذا بالاحتياط لأنه لايتوصل إلى الحرم ولا المسجد الحرام إلا بالإحرام فكان بذلك ملتزما للإحرام ، كذا فى المبسوط . وقوله أوجه إن لم يكن عرف فإن الالتزام للنسك بهذا اللفظ ليس مدلولا وضعيا بل عرفيا ، فكون التوصل فى الخارج بالفعل إلى المسجد الحرام ليس إلا بالإحرام لايوجب أن نفس اللفظ يفيده إذا تأملت قليلا . وأما كون التوصل إلى الحرم أيضا

سبيل الوجوب لأنه أخبر عنه بصيغة النفى وهو يدل على عدم المشروعية فكان الركوب غير مشروع

يستدعى الإحرام فليس بصحيح لأنه لولم ينو الآفاق إلا مكانا فى الحرم لحاجة أو لا جاز له الوصول إليه بلا إحرام . واتفقوا على أن لا لزوم لو قال إلى الصفا أو المروة أو مقام إبراهيم عليه الصلاة والسلام ، مع أنه لايتوصل إليها بالفعل إلا بالإحرام شرعا ، فعرف أن المدار تعارف الإيجاب باللفظ الخاص ، وكذا لو قال مكان المشى غيره والباقى بحاله لايلزم كقوله علىّ الذهاب إلى بيت الله أو الخروج أو السفر لاشىء عليه . بخلاف قوله لله علىّ أو علىّ إحرام حيث يلزم أحد النسكين وإن لم يتعارف الإيجاب به لإفادته التزام الإحرام وضعا . وكذا إذا قال علىّ الركوب أو الإتيان لاشىء فيه . وكذا الشدّ والهرولة ، وكذا لو قال علىّ المشى إلى أستار الكعبة أو بابها أو ميزابها أو عرفات أو مزدلفة أو مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم لعدم تعارف إيجاب النسك به ، وفى موضع إلى الحجر الأسود إلى مقام إبراهيم إلى الركن يلزمه . وإلى أسطوانة البيت أو زمزم لم يلزمه . وما قدمناه آنفا فى مقام إبراهيم من عدم اللزوم مذكور فى المبسوط . ولو قال علىّ نصف حجة فعليه حجة عند محمد. وعن أبى يوسف فيه روايتان . وفى المبسوط : لو قال : إن فعلت كذا فأنا أحرم فإن نوى به العدة فلا شىء عليه أو الإيجاب لزمه إذا فعل ذلك حجة أو عمرة وإن لم يكن له نية فالقياس أن لايلزمه شىء . وفى الاستحسان يلزمه للعرف فى إرادة التحقيق لمثله للحال كقول المؤذن والشاهد أشهد . ومثله ماذكر فيه لو قال أنا أمشى إلى بيت الله إن نوى العدة لاشىء عليه ولكن يندب الوفاء بالوعد . وإن نوى النذر كان نذرا ، وكذا إذا لم يكن له نية فهو نذر للعادة اهـ . وهذا يتوقف على ثبوت العرف فى النذر بذلك ، والله سبحانه وتعالى أعلم . وفى الخلاصة : لو قال أنا أحج لاحج عليه ، ولو قال إن دخلت فأنا أحج يلزمه عند الشرط كأنه علقه لأن تعارف الإيجاب به إنما هو فى التعليق ، ولو قال إن عافانى الله تعالى من مرضى هذا فعلىّ حجة فبرأ لزمته ، فإذا حج جاز ذلك عن حجة الإسلام إلا أن ينوى غيرها ، لأن الغالب أن يريد به المريض الذى فرّط فى الفرض حتى مرض ذلك . وفى بعض الكتب فرق بين قوله فعلىّ حجة حيث يلزمه حجة سوى حجة الإسلام ، إلا أن يعنى به ماوجب عليه وبين قوله فعلىّ أن أحج حيث يجزى عن حجة الإسلام إلا أن ينوى غيرها ، وما ذكرناه قبل فى الخلاصة . ومنهم من حكى خلافا فى مثله بينهما قال ألتزم حجة ثم حج من عامه حجة الإسلام سقط عنه ما التزم عند أبى يوسف خلافا لمحمد . ومن نذر مائة حجة ونحوها اختلفوا فيه . هل تلزمه كلها فيلزمه الإيصاء بها أو يلزمه قدر ما عاش ؟ فى الخلاصة نص على لزوم الكل . وذكر غيره عن أبى يوسف ومحمد الثانى واختاره السروجى وقبله شداد . ألحق بما لو قال علىّ أن أحج سنة عشرين فمات قبلها لايلزمه شىء . وقد يعكر عليه ماعن أبى يوسف : لو قال لله علىّ أن أحج وذلك فى غير أشهر الحج فمات قبل أشهر الحج لزمته حجة . والحق أن لزوم الكل للفرق بين الالتزام ابتداء وإضافته . ولو قال عشر حجج فى هذه السنة لزمه عشر فى عشر سنين . ومن قال ثلاثين حجة ونحوها فأحج عنه ثلاثين رجلا فى سنة جاز ، وكلما عاش الناذر بعد ذلك سنة بطلت منها حجة فعليه أن يحجها بنفسه لأنه قدر عليها بنفسه فظهر عدم صحة إحجاجها ، فإن لم يحج لزمه الإيصاء بقدر ما عاش من بعد الإحجاج ، ومن نذر أن يحج فى سنة كذا فحج قبلها جاز عند أبى يوسف خلافا لمحمد ، وقول أبى يوسف أقيس بما قدمناه فى نذر الصوم فارجع إليه ولابد من نية المنذور إن لم يكن قصده حجة الإسلام على ما ذكرنا فى نذر المريض . وما فى المنتقى : نذر أن يحج

وهو الأصل لأنه التزم القربة بصفة الكمال فتلزمه بتلك الصفة ، كما إذا نذر بالصوم متتابعا

فحج ولا نية له فهو تطوّع عن أبي يوسف ، وقال هشام : عن حجة الإسلام لايستلزم خلافا ، إذ لاخلاف فى تأدى فرض الحج بإطلاق النية عندنا ، وما عن أبي يوسف فيما إذا لم يكن عليه حجة الإسلام ، وما عن هشام فيما إذا كان عليه بالضرورة فقد اتفقا على أن لايتصرف إلى المنذور بلا نية . ومن قال إن كلمت فلانا فعلىّ حجة يوم أكلمه فكلمه لايصير محرما بها بل لزمته يفعلها متى شاء ، كما لو قال علىّ حجة اليوم إنما تلزمه فى ذمته يحرم بها متى شاء . ولو قال لرجل علىّ حجة إن شئت فقال شئت لزمته ، وكذا إن شاء فلان فشاء ، وهل تقتصر مشيئة فلان على مجلس بلوغه ذلك الخبر ؟ اختلف فيه ، والأصح أن لاتقتصر ، بخلاف تعليق الطلاق بمشيئته لأن الطلاق يقبل التمليك إذا كان مملوكا للحالف فكان تمليكا من ذى المشيئة فاستدعى جوابه فى المجلس لأن التمليكات تستدعى جوابا فى المجلس وليس مانحن فيه من ذلك فانتفى موجب الاقتصار عليه . ومن قال : إن فعلت كذا فعلىّ أن أحج بفلان، فإن نوى أحج وهو معى فعليه أن يحج وليس عليه أن يحج به . وإن نوى أن يحجه فعليه أن يحجه لأن الباء للإلصاق فقد ألصق فلانا بحجه . وهذا يحتمل معنيين أن يحج فلان معه فى الطريق وأن يعطى فلانا مايحج به من المال ، والتزام الأول بالنذر غير صحيح والثانى صحيح لأن الحج يؤدى بالمال عند اليأس من الأداء فكان هذا فى حكم البدل وحكم البدل حكم الأصل فيصح التزامه بالبدل كما يصح التزامه بالأصل ، فإذا نوى الوجه الأول عملت نيته لاحتمال كلامه . ولكن المنوى لايصح التزامه بالنذر فلا يلزمه شيء وإنما عليه أن يحج بنفسه خاصة ، وإن نوى الثانى لزمه فإما أن يعطيه من المال مايحج به أو يحجه مع نفسه ليحصل الوفاء بالنذر ، فإن لم يكن له نية أصلا فعليه أن يحج وليس عليه أن يحج فلانا لأن لفظه فى حق فلان يحتمل الوجوب وعدمه ، والمعين للوجوب فيه ليس إلا النية وقد فقدت ، ولو كان قال فعلىّ أن أحج فلانا فهذا محكم والنذر به صحيح . ومن نذر أن يطوف زحفا فطاف كذلك قيل لايلزمه شيء ، كما لو نذر أن يصلى قاعدا ، وقيل عليه الإعادة ، فإن رجع قبل أن يعيد فعليه دم . وهذا أوجه لأن الصلاة عهد شرعيتها قائما وقاعدا فعلا فى الاختيار فالتزامها قاعدا التزام أحد صنفيها ، بخلاف الطواف النفل فالتزامه حالة القدرة على المشى كالتزام الصلاة إيماء حالة القدرة على الركوع والسجود . وسنذكر خاتمة فى نذر الهدى والمجاورة وزيارة قبر النبي صلى الله عليه وسلم

وهو الأصل) أى الموافق للقواعد لأن من أوجب على نفسه شيئا على وجه الكمال لايتأدى ناقصا، والمشى فى الحج صفة كمال قال صلى الله عليه وسلم « من حج ماشيا فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم، قيل وماحسنات الحرم ؟ قال : كل حسنة بسبعمائة » وروى عن ابن عباس أنه قال بعد ماكفّ بصره : ما تأسفت على شيء كتأسفى على أنى لم أحج ماشيا ، فإن الله تعالى قدم المشاة فقال تعالى ـ يأتوك رجالا وعلى كل ضامر ـ فصار كما إذا نذر بالصوم متتابعا لايتأدّى متفرقا . واعترض بوجهين : أحدهما أن النذر لايصح إلا بما له نظير فى المشروعات المفروضة أو الواجبة ، وليس للمشى نظير . والثانى أن أبا حنيفة رحمه الله كره المشى فى طريق الحج ، فما وجه ماذكره فى الكتاب فإنه يناقض ذلك . وأجيب عن الأول بأن له أصلا وهو أن المكى الفقير إذا لم يملك الزاد والراحلة وأمكنه المشى إلى عرفات وجب عليه الحج ماشيا . وعن الثانى بأن أبا حنيفة ماكره المشى مطلقا وإنما كره الجمع بين

(قوله فما وجه ماذكره فى الكتاب) أقول : التزم القربة بصفة الكمال .

وأفعال الحج تنتهي بطواف الزيارة فيمشي إلى أن يطوفه . ثم قيل : يبتدئ المشي من حين يحرم، وقيل من بيته لأن الظاهر أنه هو المراد، ولو ركبا أراق دما لأنه أدخل نقصا فيه، قالوا إنما يركب إذا بعدت المسافة وشق عليه المشي ، وإذا قربت والرجل ممن يعتاد المشي ولا يشق عليه ينبغي أن لايركب (ومن باع جارية محرمة قد أذن لها مولاها في ذلك فللمشترى أن يحللها ويجامعها) وقال زفر : ليس له ذلك لأن هذا عقد سبق ملكه فلا يتمكن من فسخه كما إذا اشترى جارية منكوحة . ولنا أن المشترى قائم مقام البائع وقد كان للبائع أن يحللها ، فكذا المشترى

تسليما (قوله ومن باع جارية محرمة قد أذن لها الخ) الأصل أن العبد والأمة إذا أحرم أحدهما بغير إذن المولى فله أن يمنعه ويحلله بلا هدى ، وذلك بأن يصنع به أدنى مايحرم عليه بالإحرام كقلم ظفره ونحوه . وعليه بعد العتق هدى الإحصار وحجة وعمرة إن كان الإحرام بحجة ، وإن أحرم بإذن المولى كره له تحليله ، ولو حلله حل ، ولو أحصر فعلى المولى أن يبعث دم الإحصار ويتحلل لأنه وجب عن إحرام مأذون فيه فكان كالنفقة عليه ، وقد قدمنا فيه خلافا في باب الإحصار . وإذا أحرم العبد أو الأمة بإذن المولى ثم باعهما نفذ البيع وللمشترى منعهما وتحليلهما وليس له الرد بالعيب خلافا لزفر قال : ليس له ذلك فله الرد بالعيب . وعلى هذا الخلاف إذا أحرمت الحرة بحج نفل ثم تزوجت فللزوج أن يحللها عندنا خلافا له . وجه قوله ماذكره المصنف بقوله (لأن هذا عقد سبق ملكه) بنصب ملكه مفعولا لسبق : أي سبق وجوده ملك المشترى فليس له أن ينقضه (كما إذا اشترى جارية منكوحة) ليس له أن يفسخ نكاحها لهذا المعنى بعينه فكذا هذا . قلنا : المشترى في ملك الرقبة قائم مقام البائع ولم يكن للبائع ولاية إبطال النكاح وله التحليل وإن كره فكذا المشترى ، إلا أنه لا كراهة على المشترى لأنها في حق البائع بمكان خلف الوعد وهو منتف في المشترى . ثم في أصل المسئلة خلاف الشافعي ، فعنده ليس للسيد التحليل بعد الإذن ، واتفقنا على أن ليس للزوج تحليل الزوجة إذا أحرمت بنفل بإذنه ، وإنما له ذلك إذا أحرمت بلا إذن فقاس الشافعي على ذلك بجامع الإذن فيسقط حقه ، وقياسا على إبطال عمل نفسه بجامع الرضا بواسطة الإذن هنا ، ونحن نمنع عمل الإذن في السقوط مطلقا ، بل إن كان الثابت مجرد حق كما في الزوجة فإنه لايملك منافعها ، وإنما له حق فيها فيسقط بالإذن . أما إن كان الثابت حقيقة الملك فلا إذ لاشك في أن الملك لايسقط به . وإنما عمله في التبرع

الصوم والمشي لأنه إذا فعل ذلك ساء خلقه فجادل والجدال منهى عنه في الحج . وقوله (وأفعال الحج تنتهي بطواف الزيارة) يريد بالأفعال الأركان لامطلق الأفعال ، فإن رمى الجمار وغيره من أفعال الحج . وقوله (ثم قيل) يعني أن محمدا لم يذكر في شيء من الكتب من أي موضع يبدأ . واختلف المشايخ فيه ، فقيل : يبتدئ من حين يحرم وعليه الإمام فخر الإسلام والإمام العتابي وغيرهما (وقيل من بيته) وعليه شمس الأئمة السرخسي ومال إليه المصنف ، وقال (لأن الظاهر أنه هو المراد) يعني أنه هو المتعارف والعرف معتبر في النذر ، فإذا ثبت أنه واجب (فلو ركب أراق دما لأنه أدخل نقصا فيه) يدل على ذلك ما روى عن عقبة بن عامر الجهني « أنه جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : إن أختي نذرت أن تحج ماشية حافية ، فقال عليه الصلاة والسلام : إن الله تعالى لغني عن تعذيب أختك مرها فلتركب ولتذبح لركوبها شاة » وفي بعض الروايات « ولترق دما » وقوله (قالوا) يعني المشايخ كأنه بيان التوفيق بين رواية الأصل ورواية الجامع . روى الإمام فخر الإسلام عن الفقيه أبي جعفر أنه قال (إنما يركب إذا بعدت المسافة وشق المشي ، وأما إذا قربت والرجل ممن يعتاد المشي ولا يشق عليه ينبغي أن لايركب) وقوله (ومن باع جارية محرمة) ظاهر . قوله (وقد كان للبائع) يعني على ظاهر الرواية

. . . .

بمنافعه وذلك لايلزم دائما فى المستقبل بل عمله فى رفع المخالفة والمشاقة فيما أتاه ، فمتى نهاه كان ذلك منتهى عمل الإذن لما قلنا إنه لم يعمل فى دوام السقوط فى المستقبل وصار كالإذن فى استخدام العبد لغيره وكتبوتها مع الزوج له فيهما الرد إلى الاستخدام والمنع مما أذن فيه ، وهذا لأنه لادليل على أنه جل جلاله أسقط الملك وآثاره بالإذن بالإحرام فبقى على ماعهد له من اللوازم ، بل عهد أنه جل ذكره قدم حق العبد على حقه عند التعارض لفقره وغنى العزيز العظيم . هذا ، وإذا أحرمت الحرة بالفرض فليس له أن يحللها إن كان لها محرم عندنا ، فإن لم يكن لها فله منعها ، فإن أحرمت فهى محصرة لحق الشرع ، فلذا إذا أراد الزوج تحليلها فإنها لاتتحلل إلا بالهدى ، بخلاف ما لو أحرمت بنفل بلا إذن فله أن يحللها ولا يتأخر تحليله إياها إلى ذبح الهدى بل يحللها من ساعته وعليها هدى لتعجيل الإحلال وحجة وعمرة لأن هناك لاحق للزوج فى منعها لو وجدت محرما . وإنما تعذر عليها الخروج لفقد المحرم شرعا فلا تتحلل إلا بالهدى . وهنا قد تعذر الخروج لحق الزوج . فكما لايكون لها أن تبطل حقه ليس لها أيضا أن تؤخره ، كذا فى باب الإحصار من المبسوط . والتحليل أن ينهاها ويفعل بها أدنى مايحرم بالإحرام كقص ظفر وتقبيل أو معانقة ، وهو أولى من التحليل بالجماع لأنه أعظم محظورات الإحرام حتى تعلق به الفساد فلا يفعله تعظيما لأمر الحج ، ولا يقع التحليل بقوله حللتك بل بفعله أو بفعلها بأمره كالامتشاط بأمره لأنه صلى الله عليه وسلم قال لعائشة : امتشطى وارفضى عمرتك حين حاضت فى العمرة . ولو جامع زوجته أو أمته المحرمة ولا يعلم بإحرامها لم يكن تحليلا وفسد حجها ، وإن علمه كان تحليلا ، ولو حللها ثم بدا له أن يأذن لها فأذن فأحرمت بالحج ولو بعد ما جامعها من عامها ذلك لم يكن عليها عمرة ولا نية القضاء ، ولو أذن لها بعد مضى السنة كان عليها عمرة مع الحج . وقال زفر : عليها العمرة فيهما ونية القضاء لأنهما تقررا فى ذمتها برفض الحج فلا تخرج عن عهدتهما إلا بهما مع نية القضاء ، فلو لم تنو لم تخرج عن العهدة ، وفى هذا لا فرق بين عام الإحلال والعام القابل . قلنا : إن قلت بمجرد التحليل تقررا منعناه ، بل اللازم عين تلك الحجة مالم يمض الوقت . فإذا مضى بلا إيقاع فيه حينئذ لزمه مثلها وهو القضاء لأنه أداء مثل الواجب وذلك لايتحقق إلا بعد خروج الوقت ، وصار كما إذا شرع فى صلاة فى وقتها ثم قطعها فيه ثم اداها فيه أيضا ، وإذا كان اللزوم مالم تتحول السنة عين الواجب لم تلزمه عمرة ولا ينوى القضاء . وعن هذا قلنا : لوحللها فأحرمت فحللها فأحرمت هكذا مرارا ثم حجت من عامها أجزأها عن كل التحللات تلك الحجة الواحدة ، ولو لم تحج بعد التحليلات إلا من قابل كان عليها لكل تحليل عمرة . هذا وقدمنا فى باب الإحصار أنه إذا كان الإحصار فى حجة الإسلام لاينوى القضاء . ولو تحولت السنة لأنها باقية فى ذمته مالم يؤدها ولم يخرج الوقت لتصير قضاء لأن وقتها العمر والتضييق فى أول سنى الإمكان لاينفيه لما حققنا فى أول كتاب الحج من أن ذلك وجوب احتياط لا افتراض . وقد أجمعوا أن بالأداء بعد التأخير بلا عذر وتحمل الإثم يقع أداء ، وإذا أذن لأمته المتزوجة فى الحج فليس لزوجها منعها لأن منافعها للسيد .

وهذه الخاتمة الموعودة وفيها ثلاثة مقاصد :

[المقصد الأول : فى إيجاب الهدى ومايتبعه] يثبت لزوم الهدى بنذره تنجيزا وتعليقا ، ولا فرق بين قوله لله على أو على هدى لأنه لايكون إلا لله ، ولا يلزم إلا فيما يملك . فلو قال إن فعلت كذا فهذا هدى لغير مملوك

وروى ابن سماعة عن أبى يوسف أن المولى إذا أذن للعبد فى الحج فليس له أن يحلله لانه أسقط حقه بالإذن فصار

إلا أنه يكره ذلك للبائع لما فيه من خلف الوعد ، وهذا المعنى لم يوجد فى حق المشترى ، بخلاف النكاح لأنه ما كان للبائع أن يفسخه إذا باشرت بإذنه فكذا لايكون ذلك للمشترى ، وإذا كان له أن يحللها لايتمكن من

له ففعل لاشيء عليه إلا أن يكون ذلك المشار إليه ابنه ففيه القياس والاستحسان على ماسنذكر فى نذر ذبح الولد وكذا لو قال ذلك لمملوك له فباعه ثم فعل ، ولو قال فهذا حرّ يوم أشترى به ففعل ثم اشتراه عتق . ولو اشتراه قبل الفعل ثم فعل لايعتق ، ولو قال إن فعلت فأنا أهدى كذا لزمه إذا فعل . ويلزمه من إطلاق لفظ الهدى أمران : جواز مايجزى فى الأضحية من الشاة الضأن أو المعز أو الإبل أو البقر إلا أن ينوى بعيرا أو بقرة فيلزمه ذلك ، وأن لايذبح إلا فى الحرم ، فإن كان فى أيام النحر فالسنة ذبحه بمنى وإلا ففى مكة ، وله أن يذبحه حيث شاء من أرض الحرم . ولو قال علىّ أن أهدى جزورا تعين الإبل والحرم ، ولو قال جزور فقط جاز فى غير الحرم كمصر والشأم لأنه لم يذكر الهدى ، ولو قال بدنة فقط جاز البقرة والبعير حيث شاء إلا أن ينوى معينا من البدن . وعن أبى يوسف يتعين الحرم . فرق بينه وبين الجزور بأن اسم البدن لايذكر فى مشهور الاستعمال إلا فى معنى المهداة ، ولو صرح بالهدى يتعين الحرم فكذا البدنة ، وظاهر المذهب خلافه إلا أن يزيد فيقول بدنة من شعائر الله ، ويمنع أن فيه نقلا شرعيا أو عرفيا بل كل منهما مشترك فيها ، وإذا ذبح الهدى فى الحرم يتصدق به على مساكين الحرم ، وإن تصدق به على غيرهم أيضا جاز لأن معنى اسم الهدى لايعين فقراء محل أصلا بل إنما ينبئ عن النقل إلى مكان وذلك هو الحرم إجماعا ، فتعين الحرم إنما هو لإفادة مأخذ اسم النقل ، ثم تعين المكان بالكتاب والإجماع فتعيين فقراء الحرم قول بلا دليل . وهذا لأن القربة بالإهداء تتم بالنقل إلى الحرم والذبح به تعظيما له ، ولذا لو سرق لم يلزمه غيره وبذلك انتهى مدلوله ويصير لحما . وجه القربة فيه شيء آخر هو التصدق . وفى هذا مساكين الحرم وغيرهم سواء . وهل يجوز التصدق بالقيمة فى الحرم فى نذر الهدى كأن يقول هذه الشاة هدى ؟ فى رواية أبى سليمان يجوز أن يهدى قيمتها ، وفى رواية أبى حفص لايجوز . وجه الأولى اعتبار النذر بما أمر الله جل ذكره به من الغنم والإبل فى الزكاة . وجه رواية أبى حفص أن فى اسم الهدى زيادة على مجرّد اسم الشاة وهو الذبح ، فالقربة فيه تتعلق بالذبح ثم التصدق بعد ذلك تبع ، بخلاف الزكاة فإن القربة إنما تتعلق فى الشاة بالصدقة وهو ثابت فى القيمة فيجوز ، وليس الذبح ثابتا فى قيمة الهدى فلا يجوز وهذا حسن . ومن نذر شاة فأهدى مكانها جزورا فقد أحسن ، وليس هذا من القيمة لثبوت الإراقة فى البدن الأعلى كالأصل . وقالوا : إذا قال لله علىّ أن أهدى شاتين فأهدى شاة تساوى شاتين قيمة لم يجزه ، فلو عين الهدى مما لايذبح فما يقبل النقل كالعبيد والقدور والثياب فقال إن فعلت فثوبى هذا هدى أو هذا القدر هدى أو هذا العبد جاز إهداء قيمته إلى مكة أو عينه ، ويجوز أن يعطى لحجبة البيت إذا كانوا فقراء ، وإن تصدق به أو بقيمته فى غير مكة كالكوفة ومصر جاز لأن معنى القربة فى الأمتعة ليس إلا التصدّق وهو فى حق أهل مكة وغيرهم سواء بخلاف الهدى بما يشرع ذبحه لأن معنى القربة فيه بالإراقة ولم تعرف قربة إلا فى الحرم فيتعين الحرم ، وغاية ما فيه أنه نذر التصدّق فى مكان فتصدق فى غيره ، وذلك جائز عندنا لأن النذر بما هو قربة والقربة إنما هى بالتصدق فينعقد النذر مجرد التصدّق . وإن كان مما لاينقل كالدار والأرض تتعين القيمة إذا أراد الإيصال إلى مكة . وقوله فهذه الشاة هدى إلى البيت

العبد كالحر إلا أن المشترى له أن يحلله لأن الإحرام لم يقع بإذنه . وقوله (بخلاف النكاح لأنه ما كان للبائع فسخه)

ردها بالعيب عندنا ، وعند زفر يتمكن لأنه ممنوع عن غشيانها ،

أو مكة أو الكعبة موجب ، ولو قال إلى الحرم أو المسجد الحرام على الخلاف فى التزام المشى إلى الحرم ، والمسجد الحرام عندهما موجب وعند أبى حنيفة لا . وقوله هدى إلى الصفا والمروة لايجب اتفاقا على ماسبق فى المشى . فإن قيل : ينبغى أن يلزم هنا على قوله أيضا لأن مجرد ذكر الهدى موجب فزيادة ذكر الحرم لاترفع الوجوب بعد الثبوت . بخلاف المشى إلى الحرم لأن مجرد قوله علىّ المشى غير موجب بل مع مايمشى إليه . أجيب بأن اسم الهدى إنما يوجب باعتبار ذكر مكة مضمرا بدلالة العرف ، فإذا نص على الحرم أو المسجد تعذر إضمار مكة فى كلامه ، إذ قد صرح بمراده فلا يجب شىء به . وقوله فثوبى هذا ستر للبيت أو أضرب به حطيم البيت ملزم استحسانا ، لأنه يراد بهذا اللفظ هديه . ولو قال كل مالى أو جميعه هدى فعليه أن يهدى ماله كله ويمسك منه قدر قوته ، فإذا أفاد مثلا تصدّق بقدر ما أمسك . وأورد هذه المسئلة فى كتاب الهبة أن الأصل فيما إذا قال مالى صدقة فقال فى القياس ينصرف إلى كل مال له ، وهو قول زفر . وفى الاستحسان ينصرف إلى مال الزكاة خاصة بخلاف ما إذا قال جميع ما أملك ، فمن المشايخ من قال ماذكره هنا جواب القياس لأن التزام الهدى فى كل مال كالتزام الصدقة فى كل مال . والأصح الفرق بأن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى ، وما أوجبه الله تعالى بلفظ الصدقة يختص بمال الزكاة ، فكذا مايوجبه العبد على نفسه ، وهنا إنما أوجب بلفظ الهدى ، وما أوجبه الله تعالى بلفظ الهدى لايختص بمال الزكاة . وفى نوادر ابن سماعة لله علىّ أن أذبح ولم يقل صدقة لا شىء عليه . وعندى فيه نظر لأنه التزم بما من جنسه واجب إلا أن يقصد الذبح بنفسه . ومن قال لله علىّ أن أنحر ولدى ففى القياس لاشىء عليه ، وفى الاستحسان يلزمه شاة ، ولو كان له أولاد لزمه مكان كل ولد شاة ، وكذا إذا نذر ذبح عبده عند أبى حنيفة وعند محمد يلزمه الشاة فى الولد لا العبد ، وعند أبى يوسف لايلزمه فى واحد منهما .

[المقصد الثانى : فى المجاورة] اختلف العلماء فى كراهة المجاورة بمكة وعدمها ، فذكر بعض الشافعية أن المختار استحبابها إلا أن يغلب على ظنه الوقوع فى المحذور ، وهذا قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله . وذهب أبو حنيفة ومالك رحمهما الله إلى كراهها ، وكان أبو حنيفة يقول : إنها ليست بدار هجرة ، وقال مالك وقد سئل عن ذلك : ما كان الناس يرحلون إليها إلا على نية الحج والرجوع وهو أعجب . وهذا أحوط لما فى خلافه من تعريض النفس على الخطر إذ طبع الإنسان التبرم والملل من توارد مايخالف هواه فى المعيشة وزيادة الانبساط المخل بما يجب من الاحترام لما يكثر تكرره عليه ومداومة نظره إليه . وأيضا الإنسان محل الخطإ كما قال عليه الصلاة والسلام « كل بنى آدم خطّاء » والمعاصى تضاعف على ما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه إن صح ، وإلا فلا شك أنها فى حرم الله أفحش وأغلظ فتنهض سببا لغلظ الموجب وهو العقاب . ويمكن كون هذا هو محمل المروى من التضاعف كى لايعارض قوله تعالى ـ ومن جاء بالسيئة فلا يجزى إلا مثلها ـ أعنى أن السيئة تكون فيه سببا لمقدار من العقاب هو أكثر من مقداره عنها فى غير الحرم إلى أن يصل إلى مقدار عقاب سيئات منها فى غيره . والله أعلم . وكل من هذه الأمور سبب لمقت الله تعالى ، وإذا كان هذا سجية الشر فالسبيل النزوح عن ساحته ، وقلّ من يطمئن إلى نفسه فى دعواها البراءة من هذه الأمور إلا وهو فى ذلك مغرور .

جواب عن قياس زفر . وإنما لم يكن له أن يفسخ إذا كان بإذنه لما أن النكاح حق الزوج فقد تعلق حقه به

ألا يرى أن ابن عباس رضى الله عنهما من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم المحببين إلية المدعوّ له كيف اتخذ الطائف دارا وقال : لأن أذنب خمسين ذنبا بركبة ١ وهو موضع بقرب الطائف . أحبّ إلىّ من أن أذنب ذنبا واحدا بمكة . وعن ابن مسعود رضى الله عنه : مامن بلدة يؤاخذ العبد فيها بالهمة قبل العمل إلا مكة ، وتلا هذه الآية ـ ومن يرد فيه بإلحاد بظلم نذقه من عذاب أليم ـ وقال سعيد بن المسيب للذى جاء من أهل المدينة يطلب العلم : ارجع إلى المدينة فإنا نسمع أن ساكن مكة لايموت حتى يكون الحرم عنده بمنزلة الحل لما يستحلّ من حرمها . وعن عمر رضى الله عنه قال : خطيئة أصيبها بمكة أعز علىّ من سبعين خطيئة بغيرها . نعم أفراد من عباد الله استخلصهم وخلصهم من مقتضيات الطباع فأولئك هم أهل الجوار الفائزون بفضيلة من تضاعف الحسنات والصلوات من غير مايحبطها من الخطيئات والسيئات . فى الحديث عنه عليه الصلاة والسلام « صلاة فى مسجدى هذا أفضل من ألف صلاة فيما سواه من المساجد إلا المسجد الحرام . وصلاة فى المسجد الحرام أفضل من مائة صلاة فى مسجدى » وفى رواية لأحمد عن ابن عمر سمعته : يعنى النبى صلى الله عليه وسلم يقول « من طاف أسبوعا بالبيت وصلى ركعتين كان كعدل رقبة » وقال سمعته يقول « مارفع رجل قدما ولا وضعها إلا كتب الله له عشر حسنات وحط عنه عشر سيئات ورفع له عشر درجات » وروى ابن ماجه عن ابن عباس رضى الله عنهما عنه عليه الصلاة والسلام « من أدرك رمضان بمكة فصامه وقام منه ماتيسر كتب له مائة ألف شهر رمضان فيما سواها ، وكتب الله له بكل يوم عتق رقبة . وبكل ليلة عتق رقبة . وكل يوم حملان فرس فى سبيل الله » ولكن الفائز بهذا مع السلامة من إحباطه أقل القليل . فلا يبنى الفقه باعتبارهم ولا يذكر حالهم قيدا فى جواز الجوار لأن شأن النفوس الدعوى الكاذبة والمبادرة إلى دعوى الملكة والقدرة على مايشترط فيما تتوجه إليه وتطلبه ، وإنها لأكذب مايكون إذا حلفت فكيف إذا ادعت ، والله أعلم . وعلى هذا فيجب كون الجوار فى المدينة المشرّفة كذلك ، فإن تضاعف السيئات أو تعاظمها وإن فقد فيها فمخافة السآمة وقلة الأدب المفضى إلى الإخلال بواجب التوقير والإجلال قائم . وهو أيضا مانع إلا للأفراد ذوى الملكات فإن مقامهم وموتهم فيها هى السعادة الكاملة . فى صحيح مسلم « لايصبر على لأواء المدينة وشدتها أحد من أمتى إلا كنت له شفيعا يوم القيامة أو شهيدا » وأخرج الترمذى وغيره عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم « من استطاع أن يموت بالمدينة فليمت فإنى أشفع لمن يموت بها » .

[المقصد الثالث : فى زيارة قبر النبى صلى الله عليه وسلم] قال مشايختا رحمهم الله تعالى : من أفضل المندوبات وفى مناسك الفارسى وشرح المختار أنها قريبة من الوجوب لمن له سعة . روى الدارقطنى والبزار عنه عليه الصلاة والسلام « من زار قبرى وجبت له شفاعتى » وأخرج الدارقطنى عنه عليه الصلاة والسلام « من جاءنى زائرا لاتعمله حاجة إلا زيارتى كان حقا علىّ أن أكون له شفيعا يوم القيامة » وأخرج الدارقطنى أيضا « من حجّ وزار قبرى بعد موتى كان كمن زارنى فى حياتى » هذا والحج إن كان فرضا فالأحسن أن يبدأ به ثم يثنى بالزيارة ، وإن كان تطوّعا كان بالخيار ، فإذا نوى زيارة القبر فلينو معه زيارة المسجد : أى مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم

بإذن المالك فلا يتمكن المالك من فسخه وإن بقى ملكه لتعلق حق العبد به كالراهن ليس له ولاية الاستمتاع

---

(١) ركبة : بضم فسكون كما فى القاموس كتبه مصححه .

. . . .

فإنه أحد المساجد الثلاثة التي تشدّ إليها الرحال . فى الحديث « لاتشد الرحال إلا لثلاثة مساجد ، المسجد الحرام ، ومسجدى هذا ، والمسجد الأقصى » وإذا توجه إلى الزيارة يكثر من الصلاة والسلام على النبيّ صلى الله عليه وسلم مدة الطريق ، والأولى فيما يقع عند العبد الضعيف تجريد النية لزيارة قبر النبيّ صلى الله عليه وسلم ثم إذا حصل له إذا قدم زيارة المسجد أو يستفتح فضل الله سبحانه فى مرة أخرى ينويهما فيها لأن فى ذلك زيادة تعظيمه صلى الله عليه وسلم وإجلاله ،ويوافق ظاهر ما ذكرناه من قوله عليه الصلاة والسلام « لاتعمله حاجة إلا زيارتى » وإذا وصل إلى المدينة اغتسل بظاهرها قبل أن يدخلها أو توضأ والغسل أفضل ، ولبس نظيف ثيابه والجديد أفضل ، وما يفعله بعض الناس من النزول بالقرب من المدينة والمشى على أقدامه إلى أن يدخلها حسن ، وكل ما كان أدخل فى الأدب والإجلال كان حسنا . وإذا دخلها قال : باسم الله ـ ربّ أدخلنى مدخل صدق ـ الآية ، اللهم افتح لى أبواب رحمتك وارزقنى من زيارة رسولك صلى الله عليه وسلم ما رزقت أولياءك وأهل طاعتك ، واغفر لى وارحمنى ياخير مسئول ، وليكن متواضعا متخشعا معظما لحرمتها لايفتر عن الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم مستحضرا أنها بلدته التى اختارها الله تعالى دارهجرة نبيه ومهبطا للوحى والقرآن ومنبعا للإيمان والأحكام الشرعية . قالت عائشة رضى الله عنها : كل البلاد افتتحت بالسيف إلا المدينة فإنها افتتحت بالقرآن العظيم . وليحضر قلبه أنه ربما صادف موضع قدمه . ولذا كان مالك رحمه الله ورضى عنه لايركب فى طرق المدينة،وكان يقول : أستحى من الله تعالى أن أطأ تربة فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم بحافر دابة . وإذا دخل المسجد فعل ماهو السنة فى دخول المساجد من تقديم اليمين ويقول : اللهم اغفر لى ذنوبى وافتح لى أبواب رحمتك ، ويدخل من باب جبريل أو غيره . ويقصد الروضة الشريفة وهى بين المنبر والقبر الشريف ، فيصلى تحية المسجد مستقبلا السارية التى تحتها الصندوق بحيث يكون عمود المنبر حذاء منكبه الأيمن إن أمكنه ، وتكون الحنية التى فى قبلة المسجد بين عينيه ، فذلك موقف رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما قيل قبل أن يغير المسجد . وفى بعض المناسك : يصلى تحية المسجد فى مقامه عليه الصلاة والسلام وهو الحفرة . قال الكرمانى وصاحب الاختيار : ويسجد لله شكرا على هذه النعمة ويسأله تمامها والقبول . وقيل ذرع مابين المنبر وموقفه عليه الصلاة والسلام الذى كان يصلى فيه أربعة عشر ذراعا وشبر ، وما بين المنبر والقبر ثلاث وخمسون ذراعا وشبر ، ثم يأتى القبر الشريف فيستقبل جداره ويستدبر القبلة على نحو أربعة أذرع من السارية التى عند رأس القبر فى زاوية جداره . وما عن أبى الليث أنه يقف مستقبل القبلة مردود بما روى أبو حنيفة رضى الله عنه فى مسنده عن ابن عمر رضى الله عنهما قال : من السنة أن تأتى قبر النبى صلى الله عليه وسلم من قبل القبلة وتجعل ظهرك إلى القبلة وتستقبل القبر بوجهك ثم تقول : السلام عليك أيها النبى ورحمة الله وبركاته ، إلا أن يحمل على نوع ما من استقبال القبلة ، وذلك أنه عليه الصلاة والسلام فى القبر الشريف المكرّم على شقه الأيمن مستقبل القبلة . وقالوا فى زيارة القبور مطلقا : الأولى أن يأتى الزائر من قبل رجل المتوفى لامن قبل رأسه فإنه أتعب لبصر الميت ، بخلاف الأول لأنه يكون مقابلا بصره لأن بصره ناظر إلى جهة قدميه إذا كان على جنبه فعلى هذا تكون القبلة عن يسار الواقف من جهة قدميه عليه الصلاة والسلام ، بخلاف ما إذا كان من جهة وجهه الكريم ، فإذا أكثر الاستقبال إليه عليه الصلاة والسلام لا كل

بالمرهون لتعلق حق المرتهن بإذنه ، والمشترى قام مقامه بعد الشراء ، فكذلك لايكون له حق الفسخ أيضا . وأما

الاستقبال بكون استدباره القبلة أكثر من أخذه إلى جهتها فيصدق الاستدبار ونوع من الاستقبال . وينبغى أن يكون وقوف الزائر على ماذكرنا ، بخلاف تمام استدبار القبلة واستقباله صلى الله عليه وسلم فإنه يكون البصر ناظرا إلى جنب الواقف ، وعلى ماذكرنا يكون الواقف مستقبلا وجهه عليه الصلاة والسلام وبصره فيكون أولى ، ثم يقول فى موقفه : السلام عليك يارسول الله ، السلام عليك ياخير خلق الله ، السلام عليك ياخيرة الله من جميع خلقه ، السلام عليك ياحبيب الله ، السلام عليك ياسيد ولد آدم ، السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته يارسول الله . إنى أشهد أن لا إله إلاالله وحده لاشريك له وأنك عبده ورسوله وأشهد أنك يارسول الله قد بلغت الرسالة وأديت الأمانة ونصحت الأمة وكشفت الغمة ، فجزاك الله عنا خيرا . جزاك الله عنا أفضل ما جازى نبيا عن أمته . اللهم أعط سيدنا عبدك ورسولك محمدا الوسيلة والفضيلة ،والدرجة العالية الرفيعة ، وابعثه المقام المحمود الذى وعدته ، وأنزله المنزل المقرب عندك ، إنك سبحانك ذو الفضل العظيم . ويسأل الله تعالى حاجته متوسلا إلى الله بحضرة نبيه عليه الصلاة والسلام . وأعظم المسائل وأهمها سؤال حسن الخاتمة والرضوان والمغفرة ، ثم يسأل النبي صلى الله عليه وسلم الشفاعة فيقول . يارسول الله أسألك الشفاعة . يارسول الله أسألك الشفاعة وأتوسل بك إلى الله فى أن أموت مسلما على ملتك وسنتك . ويذكر كل ما كان من قبيل الاستعطاف والرفق به ، ويجتنب الألفاظ الدالة على الإدلال والقرب من المخاطب فإنه سوء أدب . وعن ابن أبى فديك قال : سمعت بعض من أدركت يقول : بلغنا أنه من وقف عند قبر النبي صلى الله عليه وسلم فتلا هذه الآية - إن الله وملائكته يصلون على النبي - الآية ، ثم قال : صلى الله عليك وسلم يامحمد سبعين مرة ، ناداه ملك صلى الله عليه وسلم وعليك يافلان ولم تسقط له حاجة . هذا وليبلغ سلام من أوصاه بتبليغ سلامه فيقول : السلام عليك يارسول الله من فلان بن فلان أو فلان بن فلان يسلم عليك يارسول الله . يروى أن عمر بن عبد العزيز رحمه الله كان يوصى بذلك ويرسل البريد من الشأم إلى المدينة الشريفة بذلك، ومن ضاق وقته عما ذكرناه اقتصر على ما يمكنه . وعن جماعة من السلف الإيجاز فى ذلك جدا ، ثم يتأخر عن يمينه إذا كان مستقبلا قيد ذراع [1] فيسلم على أبى بكر رضى الله عنه ، فإن رأسه حيال منكب النبي صلى الله عليه وسلم ، وعلى ماذكرنا يكون تأخره إلى ورائه بجانبه فيقول : السلام عليك ياخليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وثانيه فى الغار أبا بكر الصديق ، جزاك الله عن أمة محمد صلى الله عليه وسلم خيرا ، ثم يتأخر كذلك قدر ذراع فيسلم على عمر رضى الله عنه ، لأن رأسه من الصديق كرأس الصديق من النبي صلى الله عليه وسلم فيقول : السلام عليك يا أمير المؤمنين عمر الفاروق الذى أعز الله به الإسلام ، جزاك الله عن أمة محمد صلى الله عليه وسلم خيرا ، ثم يرجع إلى حيال وجه النبي صلى الله عليه وسلم فيحمد الله ويثنى عليه ويصلى ويسلم على نبيه ويدعو ويستشفع له ولوالديه ولمن أحب ، ويختم دعاءه بآمين والصلاة والتسليم . وقيل ماذكر من العود إلى رأس القبر الشريف لم ينقل عن الصحابة ولا التابعين . وأخرج أبو داود عن القاسم بن محمد قال : دخلت على عائشة رضى الله عنها فقلت : يا أم المؤمنين اكشفى لى عن قبر رسول الله صلى الله عليه وسلم وصاحبيه

ههنا فقد اجتمع فى الجارية حقان : حق الله تعالى فى الإحرام ، وحق المشترى فى الاستمتاع ، فيقدم حق العبد

---

(١) (قوله قيد ذراع) فى بعض النسخ (قدر ذراع) ، والقيد بكسر القاف والقدر بمعنى واحد كما فى كتب اللغة كتبه مصححه .

(و) ذكر (فى بعض النسخ أو يجامعها) والأول يدل على أنه يحللها بغير الجماع بقص شعر أو بقلم ظفر ثم يجامع ، والثانى يدل على أنه يحللها بالمجامعة لأنه لايخلو عن تقديم مس يقع به التحلل ، والأولى أن يحللها بغير المجامعة تعظيما لأمر الحج ، والله أعلم .

فكشفت عن ثلاثة قبور لامشرفة ولا لاطئة مبطوحة ببطحاء العرصة الحمراء ، رواه الحاكم ، وزاد : فرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم مقدما ، وأبا بكر رأسه بين كتفى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وعمر رأسه عند رجل النبى صلى الله عليه وسلم ، صححه الحاكم . وإذا فرغ من الزيارة يأتى الروضة فيكثر فيها من الصلاة والدعاء إن لم يكن وقت تكره فيه الصلاة . فى الصحيحين « ما بين بيتى ومنبرى روضة من رياض الجنة » وفى رواية « قبرى ومنبرى » ويقف عند المنبر ويدعو . فى الحديث « قواعد منبرى رواتب فى الجنة » وعنه عليه الصلاة والسلام « منبرى على ترعة من ترع الجنة » وكان السلف يستحبون أن يضع أحدهم يده على رمانة المنبر النبوى التى كان عليه الصلاة والسلام يضع يده عليها عند الخطبة . وهناك الآن قطعة تدخل الناس أيديهم من طاقة فى المنبر إليها يتبركون بها يقال إنها من بقايا منبره عليه الصلاة والسلام ، ويجتهد أن لايفوته مدة مقامه صلاة فى المسجد . فقد ثبت أن صلاة فى مسجده تعدل ألف صلاة فى غيره على ماقدمنا . وهذا التفضيل مختص بالفرائض . وقيل فى النفل أيضا ، ولعلنا قدمنا ماينفيه فى كتاب الصلاة . وقد اشتهر عنه عليه الصلاة والسلام أن أفضل صلاة الرجل فى منزله إلا المكتوبة ، وهذا قاله وهو فى المدينة يشافه به الحاضرين عنده فى المسجد والغائبين ، ثم هو صلى الله عليه وسلم لم يؤثر عنه التنفل فى المسجد بل فى بيته من التهجد وركعتى الفجر وغيرها . ولو كان كذلك لم يصل نافلة إلا فى المسجد ، أو يكون ذلك هو الأكثر ، وخلافه قليل فى بعض الأحايين خصوصا ومن بيته إلى المسجد نقل قدم واحدة . وقد يقال أيضا إن ذلك إنما هو فى حق الرجال لأنه صلى الله عليه وسلم أمر المرأة التى سألته الحضور والصلاة معه أن تصلى فى بيتها مع أن الخروج لهن كان مباحا إذ ذاك ، وقد قدمنا تخريج هذا الحديث فى باب الإمامة من كتاب الصلاة . فعلم أن إطلاق الخروج لهن إذ ذاك كان ليتعلمن مايشاهدنه من آداب الصلاة وحسن أداء الناس وغير ذلك من العلم ويتعودن المواظبة ولا يستثقلن الصلاة فى البيت وغير ذلك من المصالح والله أعلم . ويستحب أن يخرج كل يوم إلى البقيع بقيع الغرقد ، فيزور القبور التى بها خصوصا يوم الجمعة ، ويبكر كى لاتفوته صلاة الظهر مع الإمام فى المسجد ، فقد كان صلى الله عليه وسلم يزوره « وقال لأم قيس بنت محصن لما أخذ بيدها فذهبا إليه : ترين هذه المقبرة ؟ قلت نعم . قال : يبعث منها سبعون ألفا على صورة القمر ليلة البدر ويدخلون الجنة بغير حساب » وإذا انتهى إليه قال : السلام عليكم دار قوم مؤمنين ، وإنا إن شاء الله بكم لاحقون ، اللهم اغفر لأهل بقيع الغرقد ، اللهم اغفر لنا ولهم . ويزور القبور المشهورة كقبر عثمان بن عفان رضى الله عنه ، وقبر العباس وهو فى قبته المشهورة ، وفيها قبران الغربى منهما قبر العباس رضى الله عنه والشرقى قبر الحسن بن على وزين العابدين وولده محمد الباقر وابنه جعفر الصادق رضى الله عنهم كلهم فى قبر واحد ، وعند باب البقيع عن يسار الخارج قبر صفية أم الزبير عمة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وفية قبر فاطمة بنت أسد أم على رضى الله عنهما ، ويصلى فى مسجد فاطمة بنت رسول الله بالبقيع وهو المعروف ببيت الأحزان ، وقيل قبرها فيه ، وقيل بل فى الصندوق الذى هو أمام مصلى الإمام فى الروضة الشريفة . واستبعده

لحاجته على حق الله تعالى لغناه . وقوله (وذكر فى بعض النسخ) أى نسخ الجامع الصغير (أو يجامعها) يعنى

. . . .

بعض العلماء . وقيل إن قبرها فى بيتها وهو فى مكان المحراب الخشب الذى خلف الحجرة الشريفة داخل الدار بزين قال : وهو الأظهر . وبالبقيع قبة يقال إن فيها قبر عقيل بن أبى طالب وابن أخيه عبد الله بن جعفر بن أبى طالب . والمنقول أن قبر عقيل فى داره ، وفيه حظيرة مستهدمة مبنية بالحجارة يقال إن فيها قبور من دفن من أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى الله عنهن ، وفيه قبر إبراهيم ابن سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو مدفون إلى جنب عثمان بن مظعون ، ودفن إلى جنب عثمان بن مظعون عبد الرحمن بن عوف رضوان الله عليهم أجمعين . وعثمان هذا أول من دفن بالبقيع فى شعبان على رأس ثلاثين شهرا من الهجرة ، ويأتى أحدا يوم الخميس مبكرا كى لاتفوته جماعة الظهر بالمسجد فيزور قبور شهداء أحد ، ويبدأ بقبر حمزة عم النبى صلى الله عليه وسلم، ويزور جبل أحد نفسه ، ففى الصحيح عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « أحدجبل يحبنا ونحبه » وفى رواية لابن ماجه « أنه على ترعة من ترع الجنة . وأن عيرا على ترعة من ترع النار »وعن ابن عمر رضى الله عنهما « مر رسول الله صلى الله عليه وسلم بمصعب بن عمير فوقف عليه وقال : أشهد أنكم أحياء عند الله فزوروهم وسلموا عليهم ، فوالذى نفسى بيده لايسلم عليهم أحد إلا ردوا عليه السلام إلى يوم القيامة » ويستحب أن يأتى مسجد قباء يوم السبت لقتداء به صلى الله عليه وسلم لأنه كان يأتيه فى كل سبت راكبا وماشيا .متفق عليه، وهو أول مسجد وضع فى الإسلام ، وأول من وضع فيه حجرا رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم أبو بكر ثم عمر ثم عثمان رضى الله عنهم وينوى زيارته والصلاة فيه ، فقد صح عنه صلى الله عليه وسلم أن الصلاة فيه كعمرة ويأتى فى قباء بئر أريس التى تفل فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيها سقط خاتمه صلى الله عليه وسلم من عثمان رضى الله عنه ، فيتوضأ ويشرب ويزور مسجد الفتح وهو على قطعة من جبل سلع من جهة الغرب فيركع فيه ويدعو . روى جابر أنه صلى الله عليه وسلم دعا فيه ثلاثة أيام على الأحزاب فاستجيب له يوم الأربعاء بين الصلاتين . والمساجد التى هناك منها مسجد يقال له مسجد بنى ظفر وفيه حجر جلس عليه النبى صلى الله عليه وسلم ، ويقال ماجلست عليه امرأة تريد الولد إلا حبلت ، ويقال إن جميع المساجد والمشاهد المفضلة التى بالمدينة ثلاثون يعرفها أهل المدينة ، ويقصد الآبار التى كان صلى الله عليه وسلم يتوضأ منها ويشرب وهى سبعة منها بئر بضاعة . والله أعلم .

(فصــــل)

وإذا عزم على الرجوع إلى أهله يستحب له أن يودع المسجد بصلاة ويدعو بعدها بما أحب ، وأن يأتى القبر الكريم فيسلم ويدعو بما أحب له ولوالديه وإخوانه وأولاده وأهله وماله ، ويسأل الله تعالى أن يوصله إلى أهله سالما غانما فى عافية من بليات الدنيا والآخرة ويقول : غير مودع يارسول الله ، ويسأل إن شاء الله تعالى [1] أن يرده إلى حرمه وحرم نبيه فى عافية . وليكثر دعاءه بذلك فى الروضة الشريفة عقيب الصلوات وعند القبر ، ويجتهد فى خروج الدمع فإنه من أمارات القبول ، وينبغى أن يتصدق بشىء على جيران النبى صلى الله عليه وسلم ثم ينصرف

قال : فللمشترى أن يحللها أو يجامعها ، وباقى كلامه ظاهر . وهذا آخر العبادات ، والله تعالى هو المعين على الإتمام .

---

(١) (قوله ويسأل إن شاء الله تعالى) هكذا فى الأصول ، ولا محل لذكر المشيئة مع سؤال الله كما لايخفى فحرر كتبه مصححه .

كتاب النكاح

منباكيا متحسرا على فراق الحضرة الشريفة النبوية والقرب منها . ومن سنن الرجوع أن يكبر على كل شرف من الأرض ويقول «آيبون تائبون عابدون ساجدون لربنا حامدون . صدق الله وعده ، ونصر عبده ، وهزم الأحزاب وحده» . وهذا متفق عليه عنه صلى الله عليه وسلم - كل شيء هالك إلا وجهه له الحكم وإليه ترجعون - .

وليحذر كل الحذر مما يصدر من بعض الجهلة من إظهار التندم على السفر والعزم على عدم العود . وقوله لغيره احذر أن تعود ونحو ذلك فهذا كله تعرّض للمقت بل دليل عدم القبول والمقت فى الحال . وإذا أشرف على بلده حرّك دابته ويقول : آيبون أيضا الخ . وروى النسائى «أنه عليه الصلاة والسلام لم ير قرية يريد دخولها إلا قال حين يراها : اللهم رب السموات السبع وما أظللن ، ورب الأرضين السبع وما أقللن . ورب الشياطين وما أضللن ، ورب الرياح وما ذرين . فإنا نسألك خير هذه القرية وخير أهلها وخير ما فيها ، ونعوذ بك من شرها وشر أهلها وشر ما فيها ، ويقول : اللهم اجعل لى فيها قرارا ورزقا حسنا» ويرسل إلى أهله من يخبرهم ولا يبغتهم بمجيئه داخلا عليهم ، فإنه نهى عن ذلك ، وإذا دخلها بدأ بالمسجد فصلى فيه ركعتين إن لم يكن وقت كراهة ، ثم يدخل منزله ويصلى فيه ركعتين ويحمد الله تعالى ويشكره على ما أولاه من إتمام العبادة والرجوع بالسلامة . ويديم حمده وشكره مدة حياته ، ويجتهد فى مجانبة ما يوجب الإحباط فى باقى عمره . وعلامة الحج المبرور أن يعود خيرا مما كان قبل .

(قال المصنف متع الله المسلمين بوجوده) : وهذا تمام مايسر الله سبحانه لعبده الضعيف من ربع العبادات . أسأل الله رب العالمين ذا الجود العميم أن يحقق لى فيه الإخلاص ويجعله نافعا لى يوم القيامة . إنه على كل مايشاء قدير وبالإجابة جدير . والآن أشرع بريئا من الحول والقوّة مفتتحا كتاب النكاح . سائلا من فضله تعالى أن يمن علىّ بختم الربع الثانى وإكمال مقاصده على وجه يرضاه ويرضى به عن عبده ، ولا حول ولا قوّة إلا بالله العلىّ العظيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه عبده ورسوله صاحب الشرع القويم والصراط المستقيم [١] .

كتاب النكاح

هو أقرب إلى العبادات حتى إن الاشتغال به أفضل من التخلى عنه لمحض العبادة على مانبين إن شاء الله تعالى فلذا أولاه العبادات . والجهاد وإن كان عبادة إلا أن النكاح سبب لما هو المقصود منه وزيادة فإنه سبب لوجود المسلم والإسلام ، والجهاد سبب لوجود الإسلام فقط . كذا قيل . والحق أن الجهاد أيضا سبب لهما إذ نقل الموصوف من صفة إلى صفة : أعنى من الكفر إلى الإسلام يصحح قولنا إنه سبب لوجود المسلم والإسلام ، فالحق اشتراكهما فى ذلك لكن لانسبة بينهما فى تحصيل ذلك ، فإن مايحصل بأنكحة أفراد المسلمين منه أضعاف مايحصل

كتاب النكاح

لما فرغ من العبادات شرع فى المعاملات وابتدأ من بينها بالنكاح لأن فيه مصالح الدين والدنيا ،

كتاب النكاح

(١) فى نسخة المحقق العلامة البحراوى حفظه الله بعد هذا مانصه : هذا آخر الجزء الأول من تجزئة شيخ الإسلام مؤلفه نفعنا الله بعلومه وأعاد علينا من بركاته آمين : وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم ، وأول الجزء الثانى كتاب النكاح اهـ . كتبه مصححه .

بالقتال ، إذ الغالب حصول القتل به أو الذمة دون إسلام أهل الدار فقدّم للأكثرية فى ذلك . وأما من أولى العبادات البيوع فنظر إلى بساطته بالنسبة إلى النكاح باعتبار تمحض معنى المعاملة فيه بخلاف النكاح . وليس أحد يعجز فى إبداء وجه تقديم معنى على معنى ، فإن كل معنى له خصوصية ليست فى الآخر ، فالمقدم يعتبر ما لما قدمه ويسكت عما لما أخره ، والعاكس يعكس ذلك النظر ، وإنما إبداء وجه أولوية تقديم هذا على ذلك هو التحقيق . وهو يستدعى النظر بين الخصوصيتين أيهما يقتضى أو أكثر اقتضاء للتقديم ، وقد يفضى إلى تكثير جهات كل واحد وخصوصياته ويستدعى تطويلا مع قلة الجدوى ، فالاقتصار فى ذلك أدخل فى طريقة أهل العلم والتحصيل ، ولابد فى تحصيل زيادة البصيرة فيما نشرع فيه من تقديم تحصيل أمور : الأمر الأول مفهومه لغة ، قيل هو مشترك بين الوطء والعقد اشتراكا لفظيا ، وقيل حقيقة فى العقد مجاز فى الوطء ، وقيل بقلبه وعليه مشايخنا رحمهم الله صرحوا به وصرحوا بأنه حقيقة فى الضم ، ولا منافاة بين كلاميهم لأن الوطء من أفراد الضم ، والموضوع للأعم حقيقة فى كل من أفراده كإنسان فى زيد لا يعرف القدماء غير هذا إلى أن حدث التفصيل بين أن يراد به خصوص الشخص بعينه ، يعنى يجعل خصوص عوارضه المشخصة مرادا مع المعنى الأعم بلفظ الأعم فيكون مجازا وإلا فحقيقة ، وكأن هذه الإرادة قلما تخطر عند الإطلاق حتى ترك الأقدمون تقدير ذلك التفصيل بل المتبادر من مراد من يقول لزيد يا إنسان يامن يصدق عليه هذا اللفظ لا يلاحظ أكثر من ذلك فيكون المشترك المعنوى حقيقة فيهما .

واعلم أن المتحقق الاستعمال فى كل من هذه المعانى . ففى الوطء قوله صلى الله عليه وسلم « ولدت من نكاح لا من سفاح » أى من وطء حلال لا من وطء حرام . وقوله « يحل للرجل من امرأته الحائض كل شيء إلا النكاح » وقول الشاعر :

ومن أيم قد أنكحتها رماحنا ... وأخرى على خال وعم تلهف

وقوله : * ومنكوحة غير ممهورة *

وقول الآخر : التاركين على طهر نساءهم ... والناكحين بشطى دجلة البقرا

وفى العقد قول الأعشى :

ولا تقربن جارة إن سرها ... عليك حرام فانكحن أو تأبدا

وفى المعنى الأعم قول القائل :

ضممت إلى صدرى معطر صدرها ... كما نكحت أم الغلام صبيها

أى ضمته . وقول أبى الطيب :

أنكحت صم حصاها خف يعملة ... تغشرمت بى إليك السهل والجبلا

فمدعى الاشتراك اللفظى يقول تحقق الاستعمال والأصل الحقيقة . والثانى يقول كونه مجازا فى أحدهما حقيقة فى الآخر حيث أمكن أولى من الاشتراك ثم يدعى تبادر العقد عند إطلاق لفظ النكاح دون الوطء ويحيل فهم الوطء منه حيث فهم على القرينة ؛ ففى الحديث الأول هى عطف السفاح بل يصح حمل النكاح فيه على العقد وإن كان

وقد اشتهرت فى وعيد من رغب عنه وتحريض من رغب فيه الآثار ، وما اتفق فى حكم من أحكام الشرع مثل ما اتفق فى النكاح من اجتماع دواعى الشرع والعقل والطبع . فأما دواعى الشرع من الكتاب والسنة والإجماع فظاهرة .

الولادة بالذات من الوطء ، وفى الحديث الثانى إضافة المرأة إلى ضمير الرجل ، فإن امرأته هى المعقود عليها فيلزم إرادة الوطء من النكاح المستثنى وإلا فسد المعنى إذ يصير يحل من المعقود عليها كل شيء إلا العقد ، وفى الأبيات الإضافة إلى البقر ونفى المهر والإسناد إلى الرماح ، إذ يستفاد أن المراد وطء البقر والمسبيات . والجواب منع تبادر العقد عند إطلاق لفظ النكاح لغة بل ذلك فى المفهوم الشرعى الفقهى. ولا نسلم أن فهم الوطء فيما ذكر مستند إلى القرينة وإن كانت موجودة ، إذ وجود قرينة يؤيد إرادة المعنى الحقيقى مما يثبت مع إرادة الحقيقى فلا يستلزم ذلك كون المعنى مجازيا بل المعتبر تجريد النظر إلى القرينة إن عرف أنه لولاها لم يدل اللفظ على ما عينته فهو مجاز وإلا فلا ، ونحن فى هذه المواد المذكورة نفهم الوطء قبل طلب القرينة والنظر فى وجه دلالتها فيكون اللفظ حقيقة وإن كان مقرونا بما إذا نظر فيه استدعى إرادة ذلك المعنى . ألا يرى أن ما ادعوا فيه الشهادة على أنه حقيقة فى العقد من بيت الأعشى فيه قرينة تفيد العقد أيضا ، فإن قوله فلا تقربن جارة نهى عن الزنا بدليل إن سرها عليك حرام فيلزم أن قوله فانكحن أمر بالعقد : أى فتزوج إن كان الزنا عليك حراما أو تأبد ، أى توحش : أى كن منها كالوحش بالنسبة إلى الآدميات فلا يكن منك قربان لهن كما لا يقربهن وحشى ، ولم يمنع ذلك أن يكون اللفظ فى العقد حقيقة عندهم فى هذا البيت إذ هم لا يقولون بأنه مجاز فى هذا البيت ، وأما ادعاء أنه فى الحديث العقد فيستلزم التجوز فى نسبة الولادة إليه لأن العقد إنما هو سبب السبب ، ففيه دعوى حقيقة بالخروج عن حقيقة وهو ترجيح بلا مرجح لو كانا سواء ، فكيف والأنسب كونه فى الوطء ليتحقق التقابل بينه وبين السفاح ، إذ يصير المعنى من وطء حلال لا من وطء حرام فيكون على خاص من الوطء ، والدال على الخصوصية لفظ السفاح أيضا فثبت إلى هنا أنا لم نزد على ثبوت مجرد الاستعمال شيئا يجب اعتباره ، وقد علم ثبوت الاستعمال أيضا فى الضم ، فباعتباره حقيقة فيه يكون مشتركا معنويا من أفراده الوطء والعقد إن اعتبرنا الضم أعم من ضم الجسم إلى الجسم والقول إلى القول أو الوطء فقط فيكون مجازا فى العقد لأنه إذا دار بين المجاز والاشتراك اللفظى كان المجاز أولى مالم يثبت صريحا خلافه ، ولم يثبت نقل ذلك بل قالوا : نقل المبرد عن البصريين وغلام ثعلب الشيخ أبو عمر الزاهد عن الكوفيين أنه الجمع والضم ، ثم المتبادر من لفظ الضم تعلقه بالأجسام لا الأقوال لأنها أعراض يتلاشى الأول منها قبل وجود الثانى ، فلا يصادف الثانى ما ينضم إليه فوجب كونه مجازا فى العقد ، ثم أفراد الضم تختلف بالشدة فيكون لفظ النكاح من قبيل المشكك . الأمر الثانى مفهومه اصطلاحا وهو عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصدا ، والقيد الأخير لإخراج شراء الأمة للتسرى ، والمراد وضع الشارع لا وضع المتعاقدين له وإلا ورد عليه أن المقصود من الشراء قد لا يكون إلا المتعة . واعلم أن من الشارحين من يعبر عن هذا بتفسيره شرعا . ويجب أن يراد عرف أهل الشرع وهو معنى الاصطلاح الذى عبرنا به لا أن الشارع نقله فإنه لم يثبت ، وإنما تكلم به الشارع

وأما دواعى العقل فإن كل عاقل يجب أن يبقى اسمه ولا ينمحى رسمه ، وما ذاك غالبا إلا ببقاء النسل . وأما الطبع فإن الطبع البهيمى من الذكر والأنثى يدعو إلى تحقيق ما أعد من المباضعات الشهوانية والمضاجعات النفسانية ، ولا مزجرة فيها إذا كانت بأمر الشرع وإن كانت بدواعى الطبع بل يؤجر عليه ، بخلاف سائر المشروعات . والنكاح فى اللغة عبارة عن الوطء ، ثم قيل للتزوج نكاح مجازا لأنه سبب له ، وقيل هو مشترك بينهما .

(قوله إلا ببقاء النسل) أقول : والنكاح طريقه (قوله ولا مزجرة فيها الخ) أقول : ينتقض بالأكل والشرب .

. . . .

على وفق اللغة فلذا حيث ورد فى الكتاب أو السنة مجردا عن القرائن نحمله على الوطء كما فى قوله ـ ولا تنكحوا مانكح آباؤكم ـ حتى أثبتوا بها حرمة من زنا بها الأب على الابن . وقول قاضيخان : إنه فى اللغة والشرع حقيقة فى الوطء مجاز فى العقد ، وقول صاحب المجتبى : هو فى عرف الفقهاء العقد يوافق ما بينا . والمراد بالعقد مطلقا سواء كان نكاحا أو غيره مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر : سواء كانا باللفظين المشهورين من زوجت أوتزوجت أو غيرهما مما سنذكر أوكلام الواحد القائم مقامهما : أعنى المتولى الطرفين . وقول الورشكى : إنه معنى يحل المحل فيتغير به وزوجت وتزوجت آلة انعقاده إطلاق له على حكمه فإن المعنى الذى يتغير به حال المحل من الحل والحرمة هو حكم العقد ، وقد صرح بإخراج اللفظين عن مسماه وهو اصطلاح آخر غير مشهور . الأمر الثالث سبب شرعيته تعلق البقاء المقدر فى العلم الأزلى على الوجه الأكمل ، وإلا فيمكن بقاء النوع بالوطء على غير الوجه المشروع لكنه مستلزم للتظالم والسفك وضياع الأنساب ، بخلافه على الوجه المشروع . الأمر الرابع شرطه الخاص به سماع اثنين بوصف خاص يذكر ، وأما المحلية فمن الشروط العامة وتختلف بحسب الأشياء والأحكام كمحلية المبيع للبيع والأنثى للنكاح . الأمر الخامس : شرطه الذى لايخصه الأهلية بالعقل والبلوغ ، وينبغى أن يراد فى الولى لا فى الزوج والزوجة ولا فى متولى العقد ، فإن تزويج الصغير والصغيرة جائز ، وتوكيل الصبى الذى يعقل العقد ويقصده جائز عندنا فى البيع ، فصحته هنا أولى لأنه محض سفير ، وأما الحرية فشرط النفاذ بلا إذن أحد . الأمر السادس ركنه . وهو الجنس المقيد فى التعريف . الأمر السابع حكمه حل استمتاع كل منهما بالآخر على الوجه المأذون فيه شرعا ، فخرج الوطء فى الدبر وحرمة المصاهرة وملك كل منهما على الآخر بعض الأشياء مما سيرد فى أثناء الكتاب . الأمر الثامن صفته ، أما فى حال التوقان قال بعضهم : هو واجب بالإجماع لأنه يغلب على الظن أو يخاف الوقوع فى الحرام ، وفى النهاية : إن كان له خوف الوقوع فى الزنا بحيث لايتمكن من التحرز إلا به كان فرضا اهـ . ويمكن الحمل على اختلاف المراد فإنه قيد الخوف الواقع سببا للافتراض بكونه بحيث لايتمكن من التحرز إلا به ولم يقيد به فى العبارة الأولى ، وليس الخوف مطلقا يستلزم بلوغه إلى عدم التمكن فليكن عند ذلك المبلغ فرضا وإلا فواجب . هذا مالم يعارضه خوف الجور ، فإن عارضه كره . قيل : لأن النكاح إنما شرع لتحصين النفس وتحصيل الثواب بالولد الذى يعبد الله تعالى . والذى يخاف الجور يأثم ويرتكب المحرمات فتنعدم المصالح لرجحان هذه المفاسد ، وقضيته الحرمة إلا أن النصوص لاتفصل فقلنا بالشبهين اهـ . وينبغى تفصيل خوف الجور كتفصيل خوف الزنا ، فإن بلغ مبلغ ما افترض فيه النكاح حرم وإلا كره كراهة تحريم ، والله أعلم . وفى البدائع : قيد الافتراض فى التوقان بملك المهر والنفقة ، فإن من تاقت نفسه بحيث لايمكنه الصبر عنهن وهو قادر على المهر والنفقة ولم يتزوج يأثم ، وصرح قبله بالافتراض فى حالة التوقان . وأما فى حالة الاعتدال فداود وأتباعه من أهل الظاهر على أنه فرض عين على القادر على الوطء والإنفاق تمسكا بقوله تعالى ـ فانكحوا ماطاب لكم من النساء ـ الآية ، وقوله صلى الله عليه وسلم لعكاف بن وداعة الهلالى : « ألك زوجة ياعكاف ؟ قال لا ، قال : ولا جارية ؟ قال لا ، قال : وأنت صحيح موسر ؟ قال : نعم والحمد لله ، قال :

وفى الاصطلاح عقد وضع لتمليك منافع البضع . وسببه تعلق البقاء المقدور بتعاطيه . وشرطه الخاص حضور شاهدين لاينعقد إلا به ، بخلاف بقية الأحكام فإن الشهادة فيها للظهور عند الحاكم لا الانعقاد . وشرطه العام الأهلية

. . . .

فأنت إذا من إخوان الشياطين ، إما أن تكون من رهبان النصارى فأنت منهم ، وإما أن تكون منا فاصنع كما نصنع ، وإن من سنتنا النكاح ، شراركم عزابكم ، وأراذل موتاكم عزابكم ، ويحك ياعكاف تزوج ، قال : فقال عكاف : يارسول الله إني لا أتزوج حتى تزوجني من شئت ، قال : فقال صلى الله عليه وسلم : فقد زوجتك على اسم الله والبركة كريمة بنت كلثوم الحميرى » رواه أبو يعلى فى مسند من طريق بقية ، وقوله صلى الله عليه وسلم « تناكحوا تناسلوا تكثروا فإنى مكاثر بكم الأمم يوم القيامة » واختلف مشايخنا ، فقيل فرض كفاية للدليل الأول والأخير . وتعليق الحكم بالعام لاينفى كونه على الكفاية لأن الوجوب فى الكفاية على الكل والمعرف لكونه يسقط بفعل البعض معرفة سبب شرعيته ، فإن كان بحيث يحصل بفعل البعض كان على الكفاية ، وقد عقلنا أن المقصود من الإيجاب تكثير المسلمين بالطريق الشرعى وعدم انقطاعهم ، ولذا صرح بالعلة حيث قال صلى الله عليه وسلم « تزوجوا الودود الولود فإنى مكاثر بكم الأمم » رواه أبو داود وهذا يحصل بفعل البعض . وأما حديث عكاف فإيجاب على معين فيجوز كون سبب الوجوب تحقق فى حقه . وقيل : واجب على الكفاية لما أن الثابت بخبر الواحد الظن والآية لم تسق إلا لبيان العدد المحلل على ماعرف فى الأصول . وقيل مستحب . وقيل إنه سنة مؤكدة وهو الأصح . وهو محمل قول من أطلق الاستحباب . وكثيرا مايتساهل فى إطلاق المستحب على السنة . ونقل عن الشافعى رحمه الله أنه مباح . وأن التجرد للعبادة أفضل منه ، وحقيقة أفضل ينفى كونه مباحا إذ لا فضل فى المباح . والحق أنه إن اقترن بنية كان ذا فضل ، والتجرد أفضل لقوله تعالى ـ وسيدا وحصورا ونبيا من الصالحين ـ مدح يحيى عليه السلام بعدم إتيان النساء مع القدرة عليه لأن هذا معنى الحصور . وحينئذ فإذا استدل عليه بمثل قوله صلى الله عليه وسلم « من أراد أن يلقى الله طاهرا مطهرا فليتزوج الحرائر » رواه ابن ماجه ، وبقوله صلى الله عليه وسلم « أربع من سنن المرسلين : الحناء ، والتعطر ، والسواك ، والنكاح » رواه الترمذى وقال : حسن غريب ، وبقوله صلى الله عليه وسلم « أربع من أعطيهن فقد أعطى خير الدنيا والآخرة : قلبا شاكرا ، ولسانا ذاكرا ، وبدنا على البلاء صابرا ، وزوجة لاتبغيه حوبا فى نفسها وماله » رواه الطبرانى فى الكبير والأوسط ، وإسناد أحدهما جيد . له أن يقول فى الجواب لا أنكر الفضيلة مع حسن النية وإنما أقول التخلى للعبادة أفضل . فالأولى فى جوابه التمسك بحاله صلى الله عليه وسلم فى نفسه ورده على من أراد من أمته التخلى للعبادة ، فإنه صريح فى عين المتنازع فيه وهو مافى الصحيحين « أن نفرا من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم قد سألوا أزواجه عن عمله فى السر فقال بعضهم : لا أتزوج النساء ، وقال بعضهم : لا آكل اللحم ، وقال بعضهم : لا أنام على فراش فبلغ ذلك النبى صلى الله عليه وسلم فحمد الله وأثنى عليه وقال : مابال أقوام قالوا كذا وكذا . لكنى أصلى وأنام وأصوم وأفطر وأتزوج النساء ، فمن رغب عن سنتى فليس منى » فرد هذا الحال ردا مؤكدا حتى تبرأ منه . وبالجملة فالأفضلية فى الاتباع لا فيما يخيل للنفس أنه أفضل نظرا إلى ظاهر عبادة وتوجه . ولم يكن الله عز وجل يرضى لأشرف أنبيائه إلا بأشرف الأحوال ، وكان حاله إلى الوفاة النكاح فيستحيل أن يقرره على ترك الأفضل مدة حياته ، وحال يحيى بن زكريا عليهما السلام كان أفضل فى تلك الشريعة ، وقد نسخت الرهبانية فى ملتنا ، ولو تعارضا

بالعقل والبلوغ والمحل ، وهى امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعى . وركنه الإيجاب والقبول كما فى سائر العقود ، والإيجاب هو المتلفظ به أولا من أى جانب كان والقبول جوابه . وحكمه ثبوت الحل عليها ووجوب

(النكاح ينعقد بالإيجاب والقبول

قدم التمسك بحال النبي صلى الله عليه وسلم . وعن ابن عباس رضى الله عنهما : «تزوّجوا فإن خير هذه الأمة أكثرها نساء» ومن تأمل مايشتمل عليه النكاح من تهذيب الأخلاق وتوسعة الباطن بالتحمل فى معاشرة أبناء النوع وتربية الولد والقيام بمصالح المسلم العاجز عن القيام بها والنفقة على الأقارب والمستضعفين وإعفاف الحرم ونفسه ودفع الفتنة عنه وعنهن ودفع التقتير عنهن بحبسهن لكفايتهن مئونة سبب الخروج ثم الاشتغال بتأديب نفسه وتأهيله للعبودية ولتكون هى أيضا سببا لتأهيل غيرها وأمرها بالصلاة ، فإن هذه الفرائض كثيره لم يكد يقف عن الجزم بأنه أفضل من التخلى ، بخلاف ماإذا عارضه خوف الجور إذ الكلام ليس فيه بل فى الاعتدال مع أداء الفرائض والسنن . وذكرنا أنه إذا لم يقترن به نية كان مباحا عنده لأن المقصود منه حينئذ مجرد قضاء الشهوة ومبنى العبادة على خلافه . وأقول : بل فيه فضل من جهة أنه كان متمكنا من قضائها بغير الطريق المشروع . فالعدول إليه مع مايعلمه من أنه قد يستلزم أثقالا فيه قصد ترك المعصية وعليه يثاب ووعد العون من الله تعالى لاستحسان حالته ، قال صلى الله عليه وسلم «ثلاثة حق على الله عونهم : المجاهد فى سبيل الله . والمكاتب الذى يريد الأداء . والناكح الذى يريد العفاف» صححه الترمذى والحاكم . أما إذا لم يتزوّج المرأة إلا لعزّها أو مالها أو حسبها فهو ممنوع شرعا ، قال صلى الله عليه وسلم «من تزوّج امرأة لعزّها لم يزده الله إلا ذلا . ومن تزوجها لمالها لم يزده الله إلا فقرا ، ومن تزوجها لحسبها لم يزده الله إلا دناءة . ومن تزوج امرأة لم يرد بها إلا أن يغض بصره ويحصن فرجه أو يصل رحمه بارك الله له فيها وبارك لها فيه» رواه الطبرانى فى الأوسط . وقال صلى الله عليه وسلم «لاتزوّجوا النساء لحسنهنّ فعسى حسنهنّ أن يرديهنّ . ولا تزوجوهنّ لأموالهنّ فعسى أموالهن أن تطغيهنّ . ولكن تزوّجوهنّ على الدين ، فلأمة خرقاء سوداء ذات دين أفضل» رواه ابن ماجه من طريق عبد الرحمن بن زياد بن أنعم . وعن معقل ابن يسار قال «جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يارسول الله إنى أصبت امرأة ذات حسن وجمال وحسب ومنصب ومال إلا أنها لاتلد أفأتزوجها ؟ فنهاه ، ثم أتاه الثانية فقال له مثل ذلك ، ثم أتاه الثالثة فقال : تزوّجوا الودود الولود فإنى مكاثر بكم الأمم» رواه أبو داود والنسائى والحاكم وصححه . هذا ويستحب مباشرة عقد النكاح فى المسجد لأنه عبادة ، وكونه فى يوم الجمعة . واختلفوا فى كراهة الزفاف ، والمختار أنه لايكره إذا لم يشتمل على مفسدة دينية . وفى الترمذى عن عائشة رضى الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «أعلنوا هذا النكاح واجعلوه فى المساجد واضربوا عليه بالدفوف» وفى البخارى عنها قالت «زفقنا امرأة إلى رجل من الأنصار ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : ياعائشة أما يكون معهم لهو فإن الأنصار يعجبهم اللهو» وروى الترمذى والنسائى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال «فضل مابين الحلال والحرام الدفّ والصوت» وقال الفقهاء : المراد بالدفّ ما لاجلاجل له . والله سبحانه وتعالى أعلم (قوله النكاح ينعقد بالإيجاب والقبول) قدمنا أن النكاح فى عرف الفقهاء هو العقد ، وهذا بيان لأن هذا العقد لم يثبت انعقاده حتى يتم عقدا مستعقبا لأحكامه ، فلفظ النكاح فى قوله النكاح ينعقد بمعنى العقد : أى ذلك العقد الخاص ينعقد حتى تتم حقيقته فى الوجود بالإيجاب والقبول ، والانعقاد هو ارتباط أحد الكلامين بالآخر على وجه يسمى باعتباره عقدا شرعيا ويستعقب الأحكام

المهر عليه وحرمة المصاهرة والجمع بين الأختين ، وهو فى حالة التوقان واجب لأن التحرز عن الزنا واجب وهو لايتم إلا بالنكاح ، وما لايتم الواجب إلا به فهو واجب ، وفى حالة الاعتدال مستحب ، وفى حالة خوف الجور مكروه قال (النكاح ينعقد بالإيجاب والقبول)

بلفظين يعبر بهما عن الماضى) لأن الصيغة وإن كانت للإخبار وضعا فقد جعلت للإنشاء شرعا دفعا للحاجة

وذلك بوقوع الثانى جوابا معتبرا محققا لغرض الكلام السابق ، ويسمع كل من العاقدين كلام صاحبه ، والكلامان هما الإيجاب والقبول . فما قيل فى تعريف الإيجاب إنه إصدار الصيغة الصالحة لإفادة ذلك العقد مع أنه صادق على القبول خلاف الواقع من العرف المشهور ، بل إن الإيجاب هو نفس الصيغة الصالحة لتلك الإفادة بقيد كونها أولا والقبول هى بقيد وقوعها ثانيا من أىّ جانب كان كل منهما ، فما ذكر فى الدراية وغيرها من قوله : لو قدم القبول على الإيجاب ، بأن قال تزوجت بنتك فقال زوجتكها ينعقد به صحيح فى الحكم ممنوع كونه من تقديم القبول ، بل لا يتصور تقديمه لأن ما يقدم هو الإيجاب كما صرح به فى النهاية هنا وصرح الكل به فى البيع ، وكان الحامل على جعله الإصدار وصل قوله بلفظين بقوله بالإيجاب والقبول فأفاد آليتهما لهما فكانا خلافيهما . والحق ما أعلمتك ووصلهما إبدال أو بيان يدفع به ما قد يتوهمه من لا يعرف معنى الإيجاب والقبول فى العرف فيعمم المقيد فأبدل منه لتخرج الكتابة . فلو كتبا الإيجاب والقبول لا ينعقد ، والمراد باللفظين ما هو أعم من الحقيقة والحكم فيدخل متولى الطرفين أو ما يخص الحقيقة ، وليس هذا بحدّ بل إخبارات منسوق بعضها على بعض لإفادة ما يتم به العقد فقال : وينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضى وينعقد بلفظين أحدهما مستقبل لأنه توكيل . والواحد يتولى طرفى النكاح فينعقد بكلام الواحد كما ينعقد بكلام الاثنين . ولا إشكال فى شىء من هذا . وعرف من تعريف الإيجاب والقبول بأنهما اللفظان الصالحان لإفادة ذلك العقد عدم الاختصاص بالعربية . وعدم لزوم ذكر المفعولين أو أحدهما بعد دلالة المقام والمقدمات على الغرض لأن الحذف لدليل جائز فى كل لسان ، وعدم لزوم لفظ النكاح والتزويج ، فعن هذا قلنا : إذا قالت زوّجتك نفسى فقال قبلت ، أو قال تزوجتك فقالت قبلت جاز ولا مفعول حتى لو كان القابل سفيرا ولا مفعول ولم يضفه إلى الموكل نفذ عليه . فى التجنيس : رجل خطب لابنه الصغير امرأة ، فلما اجتمعا للعقد قال أبو المرأة لأبى الزوج : دادم بزنى اين دختر رابهزا ردرم ، فقال أبو الزوج : بزيرفتم يجوز النكاح على الأب وإن جرى بينهما مقدمات النكاح للابن هو المختار لأن الأب أضافه إلى نفسه ، وهذا أمر يجب أن يحتاط فيه . بخلاف ما لو قال أبو الصغيرة : زوّجت بنتى من ابنك ، فقال أبو الابن قبلت ولم يقل لابنى يجوز النكاح للابن لإضافة المزوّج النكاح إلى الابن بيقين . وقول القابل قبلت جواب له ، والجواب يتقيد بالأول فصار كما لو قال قبلت لابنى . ونظير الأوّل فى البيع لو قال لآخر بعد ما جرى بينهما مقدمات البيع بعت هذا بألف ولم يقل منك . فقال الآخر اشتريت صح ولزم . وكذا لو قالت المرأة بالفارسية : خويشتن خريدم بعذه وكابين ، فقال الزوج : فروختم صح ولزم وإن لم يقل منك (قوله يعبر بهما عن الماضى) مثل أنكحتك وزوجتك فيقول قبلت أو فعلت أو رضيت . وفى الانعقاد بصرت لى وصرت لك خلاف ، وظاهر الخلاصة اختياره إذا اتصل به القبول ، ولو قالت عرّستك نفسى فقبل ينعقد . ثم بين أن الانعقاد به باعتبار أنه جعل إنشاء شرعا فصار هو علة لمعناه فيثبت المعنى عقيبه . والمراد بقوله جعلت للإنشاء شرعا تقرير الشرع ما كان فى اللغة ، وذلك لأن العقد قد كان ينشأ بها قبل الشرع فقرره الشرع وإنما اختيرت للإنشاء لأنها أدل على الوجود والتحقق حيث أفادت دخول المعنى فى الوجود قبل الإخبار فأفيد بها

قد ذكرت معنى الانعقاد فى كتاب البيوع على ما سيأتى . وقوله (يعبر بهما) أى بلفظ ويبين لأن التعبير البيان ، قال الله تعالى ـ إن كنتم للرؤيا تعبرون ـ أى تبينون ، وإنما اختير لفظ الماضى للإنشاء وهو

. . . .

مايلزم وجوده وجود اللفظ ، ثم لما علمنا أن الملاحظ من جهة الشرع فى ثبوت الانعقاد ولزوم حكمه بجانب الرضا كما نص عليه فى قوله تعالى ـ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ـ عدّينا ثبوت الانعقاد ولزوم حكم العقد إلى كل لفظ يفيد ذلك بلا احتمال مساو للطرف الآخر فقلنا : لو قال بالمضارع ذى الهمزة أتزوجك فقالت زوّجت نفسى انعقد . وفى المبدوء بالتاء نحو تزوّجنى بنتك؟فقال فعلت عند عدم قصد الاستيعاد لأنه يتحقق فيه هذا الاحتمال ، بخلاف الأول لأنه لايستخبر نفسه عن الوعد . وإذا كان كذلك والنكاح مما لاتجرى فيه المساومة كان للتحقيق فى الحال فانعقد به لا باعتبار وضعه للإنشاء بل باعتبار استعماله فى غرض تحقيقه واستفادة الرضا منه حتى قلنا : لو صرح بالاستفهام اعتبر فهم الحال . فى شرح الطحاوى : لو قال هل أعطيتنيها فقال أعطيت، إن كان المجلس للوعد فوعد وإن كان للعقد فنكاح ، فيحمل قول السرخسى بالفارسية ميدهى ليس بشىء على إذا لم يكن قصد التحقيق ظاهرا . ولو قال باسم الفاعل فكذلك . عن أبى حنيفة : إذا قال جئتك خاطبا بنتك أو لتزوجنى ابنتك فقال الأب زوّجتك فالنكاح لازم . وليس للخاطب أن لايقبل لعدم جريان المساومة فيه كما قلنا . والانعقاد بقوله أنا متزوّجك ينبغى أن يكون كالمضارع المبدوء بالهمزة سواء . وقلنا ينعقد بلفظين وضع أحدهما للمستقبل : يعنى الأمر ، فلو قال زوّجنى بنتك فقال زوجتك انعقد ، ومنه كونى امرأتى ينعقد إذا قبلت . وفى النوازل : قال زوّجى نفسك منى فقالت بالسمع والطاعة صح النكاح ، غير أن المصنف جعل الصحة باعتبار أنه توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفى النكاح فيكون تمام العقد على هذا قائما بالمجيب . وصرح غيره بأنها نفسها إيجاب فيكون قائما بهما . فى فتاوى قاضيخان قال : ولفظة الأمر فى النكاح إيجاب . وكذا فى الطلاق إذا قالت طلقنى على ألف فطلق كان تاما ، وكذا فى الخلع ، وكذا لو قال لغيره اكفل لى بنفس فلان هذا أو بما عليه فقال كفلت تمت الكفالة ، وكذا لو قال هب لى هذا العبد فقال وهبت فى مسائل أخر ذكرها . وهذا أحسن لأن الإيجاب ليس إلا اللفظ المفيد قصد تحقق المعنى أوّلا وهو صادق على لفظة الأمر فليكن إيجابا . ويستغنى عما أورد على تقرير الكتاب من أنه لو كان توكيلا لما اقتصر على المجلس . وجوابه بأنه فى ضمن الأمر بالفعل فيكون قبوله تحصيل الفعل فى المجلس . والظاهر أنه لابد من اعتباره توكيلا وإلا بقى طلب الفرق بين النكاح والبيع حيث لايتم بقوله بعنيه بكذا فيقول بعت بلا جواب ، إذ جوابه ما ذكره المصنف فى البيع بأنه توكيل والواحد يتولى طرفى العقد فى النكاح فصح دون البيع ، وحينئذ فتمام العقد قائم بالمجيب فلا يصح قوله ينعقد بلفظين يعبر بأحدهما عن المستقبل ، فلذا قيل المثال الصحيح أتزوّجك بألف فتقول قبلت على إرادة الحال، وعرف من هذا أن شرط القبول فى النكاح المجلس كالبيع لا الفور خلافا للشافعى رحمه الله . وقد يوهم ماذكر فى المنية قال : زوجتك بنتى بألف فسكت الخاطب فقال الصهر ادفع المهر فقال نعم فهو قبول ، وقيل لا أن فيه خلافا وإن كان المختار الصحة ، وقد يكون منشؤه من جهة أنه كان متصفا بكونه خاطبا ، فحيث سكت ولم يجب على الفور كان ظاهرا فى رجوعه فيحكم به أوّلا ، فقوله نعم بعده لايفيد بمفرده لأن الفور شرط مطلقا ، والله سبحانه أعلم . وصورة اختلاف المجلس أن يوجب أحدهما فيقوم الآخر قبل القبول أو يكون قد اشتغل بعمل آخر

الكلام الذى ليس لنسبته خارج تطابقه أو لاتطابقه ليدل على التحقق والثبوت فكان أدل على قضاء الحاجة .

يوجب اختلاف المجلس ، ثم قيل لاينعقد لأن الانعقاد هو ارتباط أحد الكلامين بالآخر وباختلاف المجلس يتفرقان حقيقة وحكما ، فلو عقدا وهما يمشيان أو يسيران على الدابة لايجوز ، وإن كانا فى سفينة سائرة جاز ، وستعرف الفرق فى البيع إن شاء الله تعالى .

[فروع] تزوج باسمها الذى تعرف به ، حتى لو كان لها اسمان اسم فى صغرها وآخر فى كبرها تزوج بالأخير لأنها صارت معروفة به ، ولو كانت له بنتان كبرى اسمها عائشة وصغرى اسمها فاطمة فقال زوّجتك بنتى فاطمة وهو يريد عائشة فقبل انعقد على فاطمة ، ولو قال زوّجتك بنتى فاطمة الكبرى قالوا يجب أن لاينعقد على إحداهما ولو قال زوّجت بنتى فلانة[١] من ابنك فقبل وليس لهما إلا ابن واحد وبنت صح ، وإن كان لهما ابنتان أو ابنان لا ، إلا أن يسميا البنت والابن . ولو زوّج غائبة وكيل فإن كان الشهود يعرفونها فذكر مجرد اسمها جاز ، وإن لم يعرفوها فلا بد من ذكر اسمها واسم أبيها وجدها . أما لو كانت حاضرة منتقبة فقال تزوّجت هذه وقبلت جاز لأنها صارت معروفة بالإشارة . وأما الغائبة فلا تعرف إلا بالاسم والنسب . وقيل : يشترط فى الحاضرة كشف النقاب . وسنذكر وجه عدمه فى الوكالة بالنكاح إن شاء الله تعالى . وكذا الحال فى تسمية الزوج الغائب . وفى التجنيس : له ابنة اسمها فاطمة فقال وقت العقد زوجتك بنتى عائشة ولم تقع الإشارة إلى شخصها لايصح . فإنه إذا لم يشر إليها يقع العقد على المسمى وليس له ابنة بذلك الاسم . وفى النوازل : قال أبو بكر : خنثى مشكل زوّج من خنثى مشكل برضا الولى فلما كبرا إذا الزوج امرأة والزوجة رجل جاز نكاحهما عندى لأن قوله زوجتك يستوى من الجانبين . وفى صغيرين قال أبو أحدهما زوّجت بنتى هذه من ابنك هذا وقبل الآخر ثم ظهر أن الجارية غلام والغلام جارية جاز لذلك أيضا . وقال العتابى : لايجوز . وفى المنية : زوّجت وتزوّجت يصلح من الجانبين . وفى التجنيس : رجل قال لامرأة بحضرة الشهود راجعتك فقالت المرأة رضيت يكون نكاحا . فإنه نص فى الجامع الكبير أنه لو قال للمطلقة طلاقا بائنا أو ثلاثا إن راجعتك فعبدى حرّ تنصرف الرجعة إلى النكاح لأن الرجعة قد يراد بها النكاح فينظر إلى المحل والمحل هنا لايقبل الرجعة المعروفة فانصرفت إلى النكاح ، وسيأتى الكلام فى الرجعة بلفظ النكاح فى كتاب الطلاق إن شاء الله تعالى . ثم قال : وذكر فى الأجناس لو طلق امرأة بائنا ثم قال راجعتك على كذا وكذا فرضيت المرأة بذلك بحضرة الشهود فإن هذا نكاح جائز . وإن لم يذكر مالا فليس بنكاح إلا أن يجتمعا أنه أراد بذلك نكاحا فكان نكاحا ، فتبين بهذا أن ماذكر فى الكتاب محمول على ما إذا ذكر المال أو أقر أن الزوج أراد به النكاح اهـ . وذكر فى فتاوى قاضيخان عن بعضهم تفصيلا بين المبانة والأجنبية . فى المبانة يكون نكاحا وفى الأجنبية لا وسكت عليه وهو الأحسن . فإن التزوّج بلفظ الرجعة فى نكاح المطلقة لايستلزم صحته فى غيرها . رجل وامرأة أقرا بالنكاح بحضرة الشهود فقال هى امرأتى وأنا زوجها ، وقالت هو زوجى وأنا امرأته وقال الآخر نعم لاينعقد النكاح بينهما ، لأن الإقرار إظهار لما هو ثابت فهو فرع سبق الثبوت ، ولهذا لو أقر لإنسان بمال كذبا لايصير ملكا له ، وكذا لو قالا أجزناه أو رضيناه بحضرة الشهود

(١) (قوله فلانة) يظهر أن الصواب حذفها تأمل وحرر ، كذا بهامش نسخة العلامة البحراوى حفظه الله كتبه مصححه .

(وينعقد بلفظين يعبر بأحدهما عن الماضي وبالآخر عن المستقبل ،مثل أن يقول زوّجني فيقول زوّجتك) لأن هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفى النكاح على ما نبينه إن شاء الله تعالى (وينعقد بلفظ النكاح والتزويج والهبة والتمليك والصدقة) وقال الشافعى رحمه الله : لاينعقد إلا بلفظ النكاح والتزويج لأن التمليك ليس حقيقة فيه ولا مجازا عنه لأن التزويج للتلفيق والنكاح للضم . ولا ضم ولا ازدواج بين المالك

لاينعقد بخلاف جعلناه . ولو قال الشهود جعلتما هذا نكاحا فقالا نعم انعقد لأنه ينعقد بلفظ الجعل ، حتى لو قالت جعلت نفسى زوجة لك فقبل ثم قال أعطيتك ألفا على أن تكونى امرأتى فقبلت ثم قال زوّج بنتك فلانة منى بكذا فقال ادفعها واذهب بها حيث شئت لاينعقد . فى التجنيس كأنه لأنه كالمضاف إلى مابعد الدفع ولا ينعقد بالمضاف . او قال زوجتكها غدا فقبل لايصح ، فعدم صحة المعلق أولى . وفى فتاوى قاضيخان قال الشيخ أبو بكر محمد بن الفضل : يكون ذلك نكاحا ولم يذكر خلاف قوله . ويجوز النكاح المعلق إذا كان على أمر مضى لأنه معلوم للحال . وعليه فرّع مالو قال خطبت بنتك فلانة لابنى فلان فقال زوّجتها من فلان قبل هذا فلم يصدّقه الخاطب فقال إن لم أكن زوّجتها من فلان قبل فقد زوّجتها من ابنك وقبل أبو الابن بحضرة الشهود ولم يكن زوّجها من أحد صح النكاح ، لأن التعليق بكائن للحال تحقيق وتنجيز ، وإذا أضاف النكاح إلى نصفها مثلا فيه روايتان ، والأصح عدم الصحة ، كذا فى فتاوى قاضيخان . وذكر فى المبسوط فى موضع جوازه كالطلاق (قوله وينعقد الخ) حاصل الألفاظ المذكورة هنا أربعة أقسام : قسم لاخلاف فى الانعقاد به فى المذهب بل الخلاف فيه من خارج المذهب . وقسم فيه خلاف فى المذهب والصحيح الانعقاد . وقسم فيه خلاف والصحيح عدم الانعقاد . وقسم لاخلاف فى عدم الانعقاد به . والأوجه أن ترتب على هذا الترتيب ليلى كل قسم ماهو أقرب إليه ، وهكذا فعل المصنف إلا فى لفظ الوصية .

[القسم الأول] ماسوى لفظى النكاح والتزويج من لفظ الهبة والصدقة والتمليك والجعل نحو جعلت بنتى لك بألف خلافا للشافعى ، وجوازه عندنا بطريق المجاز ، فإن المجاز كما يجرى فى الألفاظ اللغوية يجرى فى الألفاظ الشرعية بلا خلاف ، وإنما الكلام فى تحقق طريقه هنا فنفاه الشافعى بناء على انتفاء مايجوّز التجوّز . أما إجمالا فإنه لو وجد لصح أن يتجوّز بلفظ كل منهما عن الآخر فكان يقال أنكحتك هذا الثوب مرادا به ملكتك ، كما يقال ملكتك نفسى أو بنتى مرادا به أنكحتك ، وليس فليس . وأما تفصيلا فلأن التزويج هو التلفيق وضعا والنكاح للضم ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة ولذا يفسد النكاح عند ورود ملك أحد الزوجين على الآخر ولو كان لم ينافه تأكد به ، وإن صح هذا الوجه عنه كان معترفا بأنه لغة على خلاف ماتقدم نقله عنه من أنه

وقوله (على ما نبينه) يعنى فى أول فصل الوكالة فى النكاح وقوله (وينعقد بلفظ النكاح) بيان ألفاظ ينعقد بها النكاح (وقال الشافعى لاينعقد إلا بلفظ النكاح والتزويج) لأنه إن انعقد بغيره مثل التمليك مثلا . فإما أن ينعقد به من حيث إنه حقيقة أو من حيث إنه مجاز لاسبيل إلى الأول لأنه لو كان حقيقة كان التمليك والتزويج مترادفين ، وليس كذلك إذ التمليك يوجد بغير نكاح ولا إلى الثانى لعدم المناسبة بينهما (لأن التزويج للتلفيق) يقال : لفقت بين ثوبين ولفقت أحدهما بالآخر ، إذا لاءمت بينهما بالخياطة (والنكاح للضم ، ولا ضم ولا ازدواج بين المالك

والمملوكة أصلا . ولنا أن التمليك سبب لملك المتعة فى محلها بواسطة ملك الرقبة وهو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز . وينعقد بلفظ البيع

العقد إلا أن يعنى فيما تقدم أنه فى لسان الشرع بناء على النقل (ولنا أن التمليك) أى معناه الحقيقى (سبب لملك المتعة فى محلها بواسطة) كونه سبب (ملك الرقبة و) ملك المتعة فى محلها (هو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز) وأما عدم جواز استعارة النكاح للتمليك فليس لعدم المشترك بل لما فرغ منه فى الأصول من أنه لايجوز استعارة اسم المسبب للسبب عندنا إلا إذا كان المقصود من شرعية السبب شرعيته كالبيع لملك الرقبة ، وليس ملك المتعة الذى هو موجب النكاح هو المقصود من التمليك بل ملك الرقبة . والجواب عن الثانى منع أنه لاضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة . وقوله ولذا يفسد النكاح الخ . قلنا : فساده للزوم المنافاة بين كون أحدهما مالكا لكل الآخر ، وكون ذلك الآخر مالكا بحكم الزوجية لبعض مايملكه عليه ذلك الآخر بحكم ملك الرقبة على مانبين إن شاء الله تعالى فى فصل المحرمات لالعدم الضم والازدواج . وللشافعى أيضا أنه كما خص النكاح باشتراط الشهادة إظهارا لخطره خص باللفظين النكاح والتزويج ولذا لم يرد غيرهما شرعا . والجواب منعها ، بل قد ورد بلفظ الهبة فلم يختص ، قال الله تعالى ـ وامرأة مؤمنة ـ إن وهبت نفسها للنبى ـ عطفا على المحللات فى قوله تعالى ـ إنا أحللنا لك أزواجك اللاتى آتيت أجورهن وما ملكت يمينك مما أفاء الله عليك ـ والأصل عدم الخصوصية حتى يقوم دليلها ، وقوله تعالى ـ خالصة لك من دون المؤمنين ـ يرجع إلى عدم المهر بقرينة إعقابه بالتعليل بنفى الحرج ، فإن الحرج ليس فى ترك لفظ إلى غيره خصوصا بالنسبة إلى أفصح العرب بل فى لزوم المال وبقرينة وقوعه فى مقابلة المؤتى أجورهن فصار الحاصل أحللنا لك الأزواج المؤتى مهورهن والتى وهبت نفسها لك فلم تأخذ مهرا خالصة هذه الخصلة لك من دون المؤمنين . أما هم فقد علمنا مافرضناه عليهم فى أزواجهم من المهر وغيره ، وأبدى صدر الشريعة جواز كونه متعلقا بأحللنا قيدا فى إحلال أزواجه له لإفادة عدم حلهن لغيره صلى الله عليه وسلم . وله أيضا أن الشهادة شرط فى النكاح ، والكناية لابد فيها من النية ولا اطلاع للشهود عليها . قال فى شرح الكنز : قلنا ليست شرطا مع ذكر المهر . وذكر السرخسى أنها ليست بشرط مطلقا لعدم اللبس كقولهم للشجاع أسد ، وكما إذا حلف لايأكل من هذه النخلة فإنه ينصرف إلى المجاز من غير نية ولأن كلامنا فيما إذا صرحا به ولم يبق احتمال اه . ويشكل بأن الحكم بالمجاز يستدعى أمرين : أحدهما انتفاء قرينة تدل على إرادة غير ذلك المعنى المجازى ، ولذا لوطلب الزنا من امرأة فقالت وهبت نفسى منك أو آجرت نفسى منك وقبل لاينعقد . والآخر وجود قرينة تفيد إرادة المعنى المجازى ، ولذا لو قال أبو البنت وهبت بنتى منك لتخدمك وقبل لاينعقد هذا

والمملوكة أصلا) فلا مناسبة بينهما . وقلنا المناسبة بينهما موجودة لأن (التمليك سبب لملك المتعة فى محلها) يعنى أن تمليك الرقبة سبب لملك المتعة إذا صادفت محل المتعة لإفضائه إليه (و) ملك المتعة (هو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز) وقيد بقوله فى محلها احترازا عن تمليك الغلمان والبهائم والأخت الرضاعية والأمة المجوسية فإنها ليست بمحل لملك المتعة . واعترض بأن ملك الرقبة إذا ورد على ملك النكاح أفسده فكيف يثبت النكاح به . وأجيب بأن إفساده للنكاح ليس من حيث تحريم الوطء لامحالة ، بل من حيث إبطال ضرب مالكية لها فى مواجب النكاح من طلب القسم وتقدير النفقة والسكنى والمنع عن العزل ، وحينئذ لامنافاة بين مايثبته وينفيه فجازت الاستعارة . وقوله (وينعقد بلفظ البيع) يعنى بأن تقول المرأة بعتك نفسى أو قال أبوها بعتك بنتى بكذا وكذا

هو الصحيح لوجود طريق المجاز

فى الحكم به ، أما فى جواز التجوّز فقط فالشرط مع الأول الإرادة لاقرينتها ، وذلك لأن اعتبار ثبوت معنى بعينه عند استعمال لفظ معين ليس لذات ذلك اللفظ لأن نسبته إليه كنسبته إلى غيره ، فالمخصص لمعنى معين دون غيره ليس إلا علاقة وضعه له أو إرادة مابينه وبين ما وضع له معنى مشترك ثبت اعتبار نوعه عن الواضع فى الاستعمال فيه فالإرادة لازمة فى المحلين ، غير أن الحكم من السامع بإرادة المتكلم المعنى الحقيقى لايفتقر إلى نصب قرينة تفيد إرادته بل يكفى عدم قرينة تصرف عنه ، وهذا مايقال الكلام لحقيقته مالم يقم الدليل على مجازه ، بخلاف حكمه بإرادة مالم يوضع له حيث يفتقر إلى دليل إرادته ، فإن لم يكن فلا بد من علم الشهود بمراده بأن أعلمهم به . ولذا قال فى الدراية فى تصوير الانعقاد بلفظ الإجارة عند من يجيزه أولا يجيزه أن يقول آجرت بنتى ونوى به النكاح وأعلم به الشهود اهـ . بخلاف ما إذا قال بعتك بنتى بحضرة الشهود فإن عدم قبول المحل للمعنى الحقيقى وهو البيع للحرية يوجب الحمل على المجازى فهو القرينة فيكتفى بها الشهود حتى لو كان المعقود عليها أمة احتيج إلى قرينة زائدة . فى البدائع : لو قال لرجل وهبت أمتى منك ، فإن كان الحال يدل على النكاح من إحضار الشهود وتسمية المهر مؤجلا أو معجلا ينصرف إلى النكاح ؛ وإن لم يكن الحال يدل على النكاح ، فإن نوى وصدّقه الموهوب له فكذلك ؛ وإن لم ينو ينصرف إلى ملك الرقبة اهـ . والظاهر أنه إذا لم يدل الحال فلا بد مع النية من إعلام الشهود كما قدمناه لأنه لابد من فهمهما المراد على المختار على ماسنذكره . وقد رجع شمس الأئمة إلى التحقيق حيث قال : ولأن كلامنا فيما إذا صرحا به ولم يبق احتمال ولايخفى عدم المناسبة بين ما علل به من عدم اللبس وحكمه وهو عدم اشتراط النية ، إذ عدم اللبس إنما يصلح لتعليل دعوى ظهورها وفهمها . وأما الحالف لايأكل من هذه النخلة فمحكوم عليه بإرادة المجازى نظرا إلى تعذر الحقيقى وكونه متكلما واعيا . وأما الهازل فمريد لمعنى اللفظ غير مريد لحكمه فلا يلتفت لقصده عدم الحكم . نعم قد يقال فى عقد الملجإ يتعين لفظ الحقيقة بناء على كون الإلجاء قرينة تصرف عن إرادة المعنى المجازى إذ غرضه ليس إلا التخلص وذلك بإجراء اللفظ فقط ؛ أو مريدا حقيقته للتخلص وهى متعذرة إذ لاتصح هبة الحرة وبيعها . والذى أقيم مقام المعنى فى قوله صلى الله عليه وسلم « ثلاث جدّهن جد وهزلهن جد : النكاح ، والطلاق ، والرجعة » هو الحقيقة دون المجاز . والله أعلم . وأورد كيف ينعقد بالهبة وبه تقع الفرقة إذا نوى به الطلاق وهو سؤال ساقط . أما أوّلا فهو مشترك الإلزام إذ يلزم مثله فى التزوج فإنه يقع به الفرقة إذا نوى بقوله تزوّجى . والحق أن الهبة فيها علاقة السببية للملك فيتجوز بها . غير أنه إذا أضاف الملك المتجوز عنه بالهبة إليها نفسها بقوله وهبت نفسك لك صح طلاقا ؛ وإن أضافه إلى الرجل صح نكاحا ؛ فظهر أن اختلاف الموجب فى هذا اللفظ الواحد ليس إلا لاختلاف الإضافة بل بنفس توجيه السؤال يظهر صحة استعارتها للملك المغاير لملك الرقبة إذ لم يجىء الطلاق إلا باعتبار استعارتها له .

[القسم الثانى] ما اختلفوا فى الانعقاد به ، والصحيح الصحة نحو بعت نفسى منك بكذا أو ابنتى أو اشتريتك بكذا فقالت نعم ينعقد (قوله هو الصحيح) احتراز عن قول أبى بكر الأعمش ، وقوله (لوجود طريق المجاز) تعليل للصحيح ، وجهه ماقدمنا فى تقرير التمليك . واختلف فى الانعقاد بلفظ السلم فقيل لا لأن السلم فى الحيوان

بلفظ الشراء بأن قال الرجل لامرأة اشتريتك بكذا فأجابت بنعم ، أشار إليه محمد فى كتاب الحدود . وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول أبى بكر الأعمش إنه لاينعقد بلفظ البيع لأنه خاص لتمليك مال والمملوك بالنكاح ليس

(ولا ينعقد بلفظ الإجارة) فى الصحيح لأنه ليس بسبب لملك المتعة (و) لا بلفظ (الإباحة والإحلال والإعارة) لما قلنا (و) لا بلفظ (الوصية) لأنها توجب الملك مضافا إلى مابعد الموت .

لايصح . وقيل ينعقد لأنه ثبت به ملك الرقبة . والمنقول عن أبى حنيفة أن كل لفظ تملك به الرقاب ينعقد به النكاح والسلم فى الحيوان ينعقد، حتى لو اتصل به القبض ينعقد الملك فاسدا لكن ليس كل مايفسد المعنى الحقيقى للفظ يفسد مجازيه لعدم لزوم اشتراك المفسد فيهما . وفى لفظ الصرف فى شرح الكنز فيه روايتان . وفى البدائع : قيل لاينعقد لأنه وضع لإثبات ملك الدراهم والدنانير التى لاتتعين ، والمعقود عليه هنا يتعين . وقيل ينعقد لأنه يثبت به ملك العين فى الجملة . وظاهر هذا أنهما قولان ، وكأن منشأهما الروايتان . وأما القرض فقيل ينعقد به لثبوت ملك العين به ، وقيل لا لأنه فى معنى الإعارة . قيل الأول قياس قولهما ، والثانى قياس قول أبى يوسف بناء على ثبوت الملك به فى العين وعنده لا . وأما لفظ الصلح فذكر صاحب الأجناس أنه لاينعقد به . وذكر شمس الأئمة السرخسى فى كتاب الصلح : ابتداء النكاح بلفظ الصلح والعطية جائز .

[القسم الثالث] لاينعقد بالإجارة فى الصحيح احترازا عن قول الكرخى ، وجهه أن الثابت بكل منهما ملك منفعة فوجد المشترك . وجه الصحيح على ماذكروا أنها لاتنعقد إلا موقتة ، والنكاح يشترط فيه نفيه فتضادا ، فلا يستعار أحدهما للآخر . وقد يقال : إن كان المتضادان هما العرضان اللذان لايجتمعان فى محل واحد لزمكم مثله فى البيع لأنه لايجامع النكاح مع جواز العقد به . والتحقيق أن التوقيت ليس جزء مفهوم لفظ الإجارة بل شرط لاعتباره شرعا خارج عنه فهو مجرد تمليك المنافع بعوض ، غير أنه إذا وقع مجردا لايعتبر شرعا على مثال الصلاة هى القيام الخ ، ولو وجدت بلا طهارة لاتعتبر ، ولا يقال : إن الطهارة جزء مفهوم الصلاة ، ولذا عدل المصنف عن التوجيه بهذا إلى نفى السببية التى هى العلاقة ، فإن الإجارة ليست سببا لملك المتعة حتى يتجوز بها عن النكاح ولهذا تبطل بالإعارة ، وهذا إذا جعلت المرأة مستأجرة . أما إذا جعلت بدل الإجارة أو رأس مال السلم كأن يقال استأجرت دارك بابنتى هذه أو أسلمتها إليك فى كر حنطة ينبغى أن لايختلف فى جوازه ، فإنه أضاف إليها بلفظ تملك به الرقاب . قال المصنف رحمه الله (ولا بلفظ الوصية لأنها توجب الملك مضافا إلى ما بعد الموت) وعن الطحاوى ينعقد لأنه يثبت به ملك الرقبة فى الجملة . وعن الكرخى إن قيد الوصية بالحال بأن قال : أوصيت لك ببنتى هذه الآن ينعقد للحال لأنه به صار مجازا عن التمليك اهـ . وينبغى أن لايختلف فى صحته حينئذ . والحاصل أنه إذا قيدت بالحال يصح ، أو بما بعد الموت بأن قال أوصيت لك بابنتى بعد موتى لم يكن نكاحا ، ولو قال أوصيت

بمال ، ووجه الصحيح وجود طريق المجاز . وقوله (ولا ينعقد بلفظ الإجارة فى الصحيح) احتراز عن قول الكرخى إنه ينعقد بها لأن المستوفى بالنكاح منفعة فى الحقيقة وإن جعل فى حكم العين ، وقد سمى الله تعالى العوض أجرا فى قوله تعالى ـ فآتوهن أجورهن ـ وذلك دليل على أنه بمنزلة الإجارة . ووجه الصحيح أن الإجارة لاتنعقد شرعا إلا موقتة . والنكاح لاينعقد إلا مؤبدا فكان بين موجبيهما تناف فلا تجوز الاستعارة ، فقال المصنف (لأنه ليس بسبب لملك المتعة) لعدم إفضائها إليه (ولا بلفظ الإباحة والإحلال والإعارة لما قلنا) يعنى قوله ليس بسبب لملك المتعة ، وذلك لأن لفظ الإباحة والإحلال لايوجب ملكا أصلا ، فإن من أحل لغيره طعاما أو أباحه له لايملكه فإنما يتلفه على ملك المبيح (ولا بلفظ الوصية لأنها توجب الملك مضافا إلى ما بعد الموت) ولو صرح

. . . .

لك بها ولم يزد فقيل لايكون نكاحا ، وعن الطحاوى ينعقد . ثم كون الإضافة إلى ما بعد الموت بيان للواقع فيما نحن فيه . وإلا فمجرد الإضافة يستقل بعدم الصحة اوقال زوّجتكها غدا لم يصح .وحاصل الوجه أن الإضافة مأخوذة فى مفهوم الوصية وعدمها فى النكاح فتضادا . ولا يتجوّز بلفظ أحد الضدين عن الآخر . بخلاف الهبة ليس جزء مفهوم اللفظ الإضافة إلى ما بعد القبض . بل هى تمليك العين بلا بدل . ثم هو يتأخر فيما إذاكان الموهوب ليس فى يد الموهوب له لضعف سببيتها بسبب عدم العوض . ولذا لو كان فى يد الموهوب له تم الملك بنفس اللفظ .

[القسم الرابع] لاينعقد بلفظ الإباحة والإحلال والإعارة والرهن والتمتع لعدم تمليك المتعة فى كل منها فانتفى الجامع وهو المشار إليه بقوله لما قلنا . ولا ينعقد بلفظ الإقالة والخلع لأنهما لفسخ عقد ثابت .

[فروع : الأول] كل لفظ لاينعقد به النكاح ينعقد به الشبهة فيسقط به الحد . ويجب لها الأقل من المسمى ومن مهر المثل إن دخل بها . الثانى : لو لقنت المرأة زوّجت نفسى بالعربية ولا تعلم معناها وقبل الزوج والشهود يعلمون ذلك أو لايعلمون صح كالطلاق . وقيل لا كالبيع كذا فى الخلاصة . ومثل هذا فى جانب الرجل إذا لقنه ولا يعلم معناه . وهذه فى جملة مسائل الطلاق والعتاق والتدبير والنكاح والخلع ، فالثلاثة الأول واقعة فى الحكم . ذكره فى عتاق الأصل فى باب التدبير . وإذا عرف الجواب فيها قال قاضيخان : ينبغى أن يكون النكاح كذلك لأن العلم بمضمون اللفظ إنما يعتبر لأجل القصد فلا يشترط فيما يستوى فيه الجد والهزل ، بخلاف البيع ونحوه . وأما فى الخلع إذا لقنت اختلعت نفسى منك بمهرى و نفقة عدّتى فقالته ولا تعلم معناه ولا أنه لفظ الخلع اختلفوا فيه ، قيل لايصح وهو الصحيح . قال القاضى : وينبغى أن يقع الطلاق ولايسقط المهر ولا النفقة ، وكذا لو لقنت أن تبرئه ، وكذا المديون إذا لقن رب الدين لفظ الإبراء لايبرأ . الثالث : إذا سمى المهر مع الإيجاب بأن قال تزوّجتك بكذا فقالت قبلت النكاح ولا أقبل المهر قالوا لايصح . ولا يشكل بأنه ليس من شرط صحة النكاح صحة التسمية أو وجودها ، لأنه ما أوجب النكاح إلا بذلك القدر المسمى . فلو صححناه إذا قبلت فى النكاح دون المهر للزمه مهر المثل وهو لم يرض بالنكاح به بل بما سمى فيلزمه مالم يلتزمه . بخلاف ما إذا لم يسم من الأصل لأن غرضه النكاح بمهر المثل حيث سكت عنه مع أنه لازم فيلزمه ما التزمه . ولو قالت قبلت النكاح ولم تزد على ذلك صح النكاح بما سمى . وقد يخالفه مافى المنتقى : عبد تزوّج على رقبته بغير إذن المولى فبلغه فقال أجيز النكاح ولا أجيز على رقبته يجوز النكاح ولها الأقل من مهر المثل ومن قيمته يباع فيه . بخلاف مافى الجامع : أمة تزوجت بغير إذن المولى على مائة درهم فبلغه الخبر فقال أجزت النكاح على خمسين دينارا ورضى به الزوج جاز لأن هذه مقرونة برضا الزوج فهى ملحقة بإجازته . والحق ما أعلمتك من كلام المشايخ فيجب التعويل عليه وإن خالف ماعن محمد . الرابع : ينعقد النكاح بالكتاب كما ينعقد بالخطاب ، وصورته أن يكتب إليها يخطبها ، فإذا بلغها الكتاب أحضرت الشهود وقرأته عليهم وقالت زوجت نفسى منه . أو تقول إن فلانا قد كتب إلىّ يخطبنى فاشهدوا أنى زوّجت نفسى منه . أما لو لم تقل بحضرتهم سوى زوّجت نفسى من فلان لاينعقد لأن سماع الشطرين شرط

بلفظ النكاح إلى ما بعد الموت لم يصح لأن ما بعد الموت زمان انتهاء ملك النكاح وبطلانه لا زمان ثبوته .

صحة النكاح . وبإسماعهم الكتاب أو التعبير عنه منها قد سمعوا الشطرين بخلاف ما إذا انتفيا ، ومعنى الكتاب بالخطبة أن يكتب زوّجيني نفسك فإني رغبت فيك ونحوه ، ولو جاء الزوج بالكتاب إلى الشهود مختوما فقال هذا كتابي إلى فلانة فاشهدوا على ذلك لم يجز في قول أبي حنيفة حتى يعلم الشهود ما فيه وهو قول أبي يوسف، ثم رجع وجوّزه من غير شرط إعلام الشهود بما فيه.وأصل الخلاف كتاب القاضي إلى القاضي على ماسيأتي إن شاء الله تعالى . قال في المصفى : هذا يعني الخلاف إذا كان الكتاب بلفظ التزوج ، أما إذا كان بلفظ الأمر كقوله زوّجي نفسك مني لايشترط إعلامها الشهود بما في الكتاب لأنها تتولى طرفي العقد بحكم الوكالة ونقله من الكامل . قال : وفائدة الخلاف إنما تظهر فيما إذا جحدالزوج الكتاب بعد ما أشهدهم عليه من غير قراءته عليهم ولا إعلامهم بما فيه وقد قرأ المكتوب إليه الكتاب عليهم وقبل العقد بحضرتهم فشهدوا أن هذا كتابه ولم يشهدوا بما فيه لاتقبل هذه الشهادة عندهما ولا يقضى بالنكاح . وعنده تقبل ويقضى به ، أما الكتاب فصحيح بلا إشهاد ، وهذا الإشهاد لهذا وهوأن يتمكن المرأة من إثبات الكتاب عند جحود الزوج الكتاب ، كذا في مبسوط شيخ الإسلام والكامل . وأجمعوا في الصك أن الإشهاد لايصح مالم يعلم الشاهد ما في الكتاب . واعلم أن مانقله من نفي الخلاف في صورة الأمر لاشبهة فيه على قول المصنف والمحققين ، . أما على قول من جعل لفظ الأمر إيجابا كقاضيخان على مانقلناه عنه فيجب اعتبار إعلامها إياهم بما في الكتاب وأنه إن لم يعلمهم الكاتب بما في الكتاب تكون من صور الخلاف ، وعلى هذا ماصدّرنا به المسئلة . الخامس : ينعقد بالإشارة من الأخرس إذا كانت له إشارة معلومة . السادس : ينعقد بنقل الرسول عبارة المرسل إذا أجابت وسمع الشهود كلاميهما ، وسنفصله إن شاء الله تعالى في فصل الوكالة بالنكاح . السابع : لايبطل عقد النكاح بالشروط الفاسدة ، فلو قال أتزوّجك على أن تعطيني عبدك فأجابته بالنكاح انعقد موجبا لمهر مثلها عليه ولا شيء له من العبد . الثامن : لايجوز تعليق النكاح بالخطر ، لو قال إذا جاء فلان فقد زوّجتك بنتي فلانة فقبل فجاء فلان لاينعقد ، وكذا تعليق الرجعة إذ كل منهما إلزام . والذي يجوز تعليقه بالشرط ماهو إسقاط كالطلاق والعتاق أو التزام كالنذر ، إلا التعليق بالمشيئة إذا أبطل من له المشيئة في المجلس على ما في التجنيس . في رمز الفتاوى الصغرى وغيرها : إذا قال تزوّجتك إن شئت أو إن شاء زيد فأبطل صاحب المشيئة مشيئته في المجلس فالنكاح جائز ، لأن المشيئة إذا بطلت في المجلس صار نكاحا بغير مشيئة ، كما لو قال في السلم إذا بطل الخيار في المجلس جاز السلم ثم قال : لكن إذا بدأت المرأة ، أما إذا بدأ الزوج فقال تزوجتك إن شئت ثم قبلت المرأة من غير شرط صح النكاح . ولا يحتاج إلى إبطال المشيئة بعد ذلك لأن القبول مشيئة اهـ . وهذا ناظر إلى أن ما من جانب المرأة هو القبول سواء تقدم أو تأخر ، وما من جانب الرجل إيجاب تقدم أو تأخر ، وقد قدمنا قريبا أن الحق أن الأول إيجاب من أيّ جهة كان ، والثاني قبول كذلك ولعدم جواز تعليقه بالخطر امتنع خيار الشرط فيه فيبطل ، كما لو قال تزوّجتك على أني بالخيار فقبلت صح ولا خيار له ، بخلاف مالو قال إن رضي أبي لايجوز ، بخلاف من خطبت إليه ابنته فقال زوّجتها فلم يصدقه الخاطب فقال إن لم أكن زوجتها من فلان فقد زوجتها منك فقبل بحضرة الشهود ، ثم ظهر أنه لم يكن زوجها حيث ينعقد

قال (ولا ينعقد نكاح المسلمين إلا بحضور شاهدين حرّين عاقلين بالغين مسلمين رجلين أو رجل وامرأتين عدولا كانوا أو غير عدول أو محدودين فى القذف) اعلم أن الشهادة شرط فى باب النكاح لقوله صلى الله عليه وسلم « لانكاح إلا بشهود » وهو حجة على مالك رحمه الله فى اشتراط الإعلان دون الشهادة ، ولا بدّ من اعتبار

النكاح بينهما ، لأن هذا تعليق بما هو موجود للحال ومثله تحقيق ، كذا أجاب بعض المشايخ ، وسنفصل الكلام فى خيار الشرط والرؤية والعيب فى باب المهر إن شاء الله تعالى . التاسع : إذا وصل الإيجاب بتسمية المهر كان من تمامه ، حتى لو قبل الآخر قبله لايصح ، كامرأة قالت لرجل زوجت نفسى منك بمائة دينار فقبل أن تقول بمائة دينار قبل الزوج لاينعقد ، لأن أوّل الكلام يتوقف على آخره إذا كان فى آخره ما يغير أوّله ، وهنا كذلك فإن مجرد زوجت ينعقد بمهر المثل وذكر المسمى معه يغير ذلك إلى تعيين المذكور فلا يعمل قول الزوج قبله . العاشر : ينعقد النكاح من الهازل وتلزمه مواجبه لقوله صلى الله عليه وسلم « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق ، والرجعة » رواه الترمذى من حديث أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم ، ورواه أبو داود وجعل العتق بدل الرجعة وكذا ينعقد من المكره (قوله ولا ينعقد نكاح المسلمين إلا بحضور الخ) احتراز عن غير المسلمين إذ سيأتى أن أنكحة الكفار بغير الشهود صحيحة إذا كانوا يدينون بذلك . وقوله بحضور لايوجب السماع وهو قول جماعة منهم القاضى على السغدى ، ونقل عن أبواب الأمان من السير الكبير أنه يجوز وإن لم يسمعوا ، وعلى هذا جوزوه بالأصمين والنائمين ، والصحيح اشتراط السماع لأنه المقصود من الحضور وسيأتى تمامه . أما اشتراط الشهادة فلقوله صلى الله عليه وسلم « لانكاح إلا بشهود » قال المصنف (وهو حجة على مالك فى اشتراط الإعلان دون الإشهاد) وظاهر أنه حجة عليه فى الأمرين : اشتراط الإعلان وعدم اشتراط الإشهاد ، لكن المقصود أنه حجة فى أصل المسئلة وهو اشتراط الإشهاد ، وإنما زاد ذكر الإعلان تتميما لنقل مذهبه . ونفى اشتراط الشهادة قول ابن أبى ليلى وعثمان البتى وأبى ثور وأصحاب الظواهر . قيل وزوج ابن عمر بغير شهود وكذا فعل الحسن وهم محجوجون بقوله صلى الله عليه وسلم « لانكاح إلا بشهود » رواه الدارقطنى . وروى الترمذى من حديث ابن عباس « البغايا اللاتى ينكحن أنفسهن بغير شهود » ولم يرفعه غير عبد الأعلى فى التفسير ، ووقفه فى الطلاق ، لكن ابن حبان روى من حديث عائشة أنه صلى الله عليه وسلم قال « لا نكاح إلا بولىّ وشاهدى عدل ، وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل ، فإن تشاجروا فالسلطان ولىّ من لا ولىّ له » قال ابن حبان : لايصح فى ذكر الشاهدين غير هذا ، وشتان ما بين هذا وبين قول فخر الإسلام : إن حديث الشهود مشهور يجوز تخصيص الكتاب به :

قال (ولا ينعقد نكاح المسلمين إلا بحضور شاهدين حرّين عاقلين بالغين مسلمين أو رجل وامرأتين عدولا كانوا أو غير عدول) أما اشتراط الشهادة فلقوله عليه الصلاة والسلام « لانكاح إلا بشهود » واعترض بأنه خبر واحد فلا يجوز تخصيص قوله تعالى ـ فانكحوا ماطاب لكم من النساء ـ وغيره من الآيات به . وأجاب الإمام فخر الإسلام بأن هذا حديث مشهور تلقته الأمة بالقبول فتجوز الزيادة به على كتاب الله (وهو حجة على مالك فى اشتراط الإعلان دون الشهادة) حتى لو أعلنوا بحضور الصبيان والمجانين صح ، ولو أمر الشاهدين أن لايظهرا العقد لم يصح لقوله عليه الصلاة والسلام « أعلنوا النكاح ولو بالدفّ » والجواب أن الإعلان يحصل بحضور

(قوله وأجاب الإمام فخر الإسلام بأن هذا حديث مشهور الخ) أقول : فيه بحث (قوله ولو أمر الشاهدين أن لا يظهر العقد لم يصح) أقول : يعنى عنده .

الحرية فيها لأن العبد لا شهادة له لعدم الولاية ، ولا بدّ من اعتبار العقل والبلوغ ، لأنه لا ولاية بدونهما ، ولابد من اعتبار الإسلام فى أنكحة المسلمين لأنه لا شهادة للكافر على المسلم ،

أعنى قوله تعالى ـ فانكحوا ما طاب لكم من النساء ـ الآية ، فيندفع به الإيراد المعروف ، وهو لزوم الزيادة على الكتاب أو تخصيصه بخبر الواحد . وجواب آخر ، وهو أنه خص منه المحرّمات فجاز تخصيصه بخبر الواحد ثانيا ، ولو عدل إلى النص فى قوله تعالى ـ وأحل لكم ما وراء ذلكم ـ فالجواب بأن الآخر مخصوص بالمشركة ونحوها .

واعلم أن المشايخ رحمهم الله نصبوا الخلاف فى موضعين : فى الشهادة على ما ذكرنا ، وفى الإعلان . واستدلوا لمالك فى إثباته بالمنقول من قوله صلى الله عليه وسلم فى الحديث عن عائشة رضى الله عنها عنه صلى الله عليه وسلم «أعلنوا بالنكاح» رواه الترمذى وقال : حسن غريب . وبالمعقول وهو أن حرام هذا الفعل يكون سرا فضده يكون جهرا لتنتفى التهمة . والذى يظهر أن هذا نصب فى غير محل النزاع ، يظهر ذلك من أجوبتهم عن هذا الاستدلال وغيره ، وذلك أن كلمتهم قاطبة فيه على القول بموجب دلائل الإعلان وادعاء العمل بها باشتراط الإشهاد إذ به يحصل الإعلان ، وكلام المبسوط حيث قال : ولأن الشرط لما كان الإظهار يعتبر فيه ماهو طريق الظهور شرعا وذلك بشهادة الشاهدين فإنه مع شهادتهما لا يبقى سرا . وقول الكرخى : نكاح السرّ مالم يحضره شهود ، فإذا حضروا فقد أعلن قال :

وسرك ماكان عند امرئ   وسر الثلاثة غير الخفى

صريح فيما ذكرناه . فالتحقيق أنه لا خلاف فى اشتراط الإعلان ، وإنما الخلاف بعد ذلك فى أن الإعلان المشترط هل يحصل بالإشهاد حتى لا يضر بعده توصيته للشهود بالكتمان إذ لا يضر بعد الإعلان التوصية بالكتمان أو لا يحصل بمجرد الإشهاد حتى يضر . فقلنا نعم وقالوا لا . ولو أعلن بدون الإشهاد لا يصح لتخلف شرط آخر وهو الإشهاد وعنده يصح . فالحاصل أن شرط الإشهاد يحصل فى ضمنه الشرط الآخر ، فكل إشهاد إعلان ولا ينعكس ، كما لو أعلنوا بحضرة صبيان أو عبيد (قوله لعدم الولاية) يعنى القاصرة وهى ولايته على نفسه لا التامة وهى نفاذ القول على الغير لأن تلك يحتاج إليها الأداء ، وهذا تعليل لعدم صحة شهادة الصبى والعبد والمجنون فى باب النكاح وإن لم يكن من شرط هذه الشهادة الأداء ، فإذا لم يكن له ولاية على نفسه والشهادة فرعها لم تكن شهادة ولذا جازت شهادة المحدود فى القذف لولايته على نفسه . والمدبر والمكاتب كالقن لا ينعقد بشهادتهم . ولو حضر العبد والصبى للعقد مع غيرهما ممن تصح شهادته ثم عتق العبد وبلغ الصبى . واحتيج إلى الأداء لجحد النكاح فشهدا به دون من كان معهما ممن كان العقد بحضورة جازت شهادتهما وإن لم تكن صحة العقد كانت بحضورهما . هذا ومذهب أحمد جواز شهادة العبد مطلقا ، واستبعد نفيها لأنه لا كتاب ولا سنة ولا إجماع فى نفيها . وحكى عن

الشاهدين حقيقة ، وأما اشتراط الحرية فلأن العبد لا شهادة له (لعدم الولاية) والشهادة من باب الولاية . واعترض بأن الولاية عبارة عن نفاذ القول على الغير شاء أو أبى . وذلك إنما يحتاج إليه عند الأداء ، وكلامنا فى حالة الانعقاد ، فكما ينعقد بشهادة المحدودين فى القذف فلينعقد بشهادة العبدين إذ الولاية لا مدخل لها فى هذه الحال . وأجيب بأن الأداء يحتاج إلى ولاية متعدّية وليست بمرادة ههنا ، وإنما المراد بها الولاية القاصرة تعظيما لخطر أمر النكاح كاشتراط أصل الشهادة ، وكذلك اعتبار العقل والبلوغ (لأنه لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار الإسلام) قال المصنف (لأنه لا شهادة للكافر على المسلم) يعنى أنه من باب الولاية ، ولا ولاية له على المسلم ، وفيه النظر

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين » وفيه خلاف الشافعي رحمه الله تعالى ،وستعرف فى الشهادات إن شاء الله تعالى : ولا تشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا خلافا للشافعي رحمه الله. له أن الشهادة من باب الكرامة والفاسق من أهل الإهانة . ولنا أنه من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة ،

أنس أنه قال : ماعلمت أحدا ردّ شهادة العبد والله تعالى يقبلها على الأمم يوم القيامة . فكيف لاتقبل هنا ، وتقبل شهادته على النبي صلى الله عليه وسلم فى رواية الأخبار . والذى ذكر من المعنى وهو أن الشهادة من باب الولاية ولاولاية له مما يمنع فإنه لاتلازم عقلا بين تصديق مخبر فى إخباره بما شاهده بعد كونه عدلا تقيا وبين كونه غير مملوك المنافع ولا شرعا لم لايجوز أن يبتلى عبد من عباد الله بالرق ويقبل إخباره ؟ كيف وليس الشرط هنا كون الشاهد ممن يقبل أداؤه ، ولذا جاز بعدوّى الزوجين ولا أداء لهما ، وغاية مايلمح فيه أنه لما لم يجعل له ولاية على نفسه شرعا ولم يصحح له التصرف التحق بالجمادات فى حق العقود ونحوها فكان حضوره كلا حضور . وأما ماذكره فى المبسوط حيث قال : ولأن النكاح يعقد فى محافل الرجال والصبيان والعبيد لايدعون فى محافل الرجال عادة فكان حضورهما كلا حضور . فحاصله أن اشتراط الشهادة إنما هو لإظهار الخطر ولا خطر فى إحضار مجرد العبيد والصبيان ، وكذا أهل الذمة فى أنكحة المسلمين ، وكذا النساء منفردات عن الرجال ، فشمل هذا الوجه نفى شهادة الكل . وعلى اعتباره الأولى أن ينفى شهادة السكارى حال سكرهم وعربدتهم وإن كانوا بحيث يذكرونها بعد الصحو ، وهذا الذى أدين الله به (قوله ولا تشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا خلافا للشافعي . له أن الشهادة من باب الكرامة) حقيقته الرجوع إلى الوجه الأول القائل بأنها شرطت إظهارا للخطر وهو معنى التكرمة (والفاسق من أهل الإهانة) فلا تكرمة ولا تعظيم للعقد بإحضاره . عارضه المصنف بقوله (ولنا أنه) أى الفاسق (من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة) تحليله من شرطية وضع فيها المقدم أسهل من تحليله من اقترانى كما سلكه بعض الشارحين فأطال : أى لما كان من أهل الولاية كان من أهل الشهادة ، فهذه دعوى ملازمة شرعية . وقوله وهذا لأنه لما لم يحرم الولاية على نفسه الخ ملازمة أخرى لبيان الملازمة الأولى فى حيز المنع كالأولى فعللها بقوله لأنه من جنسه : أى لأن الغير من جنس الفاسق ويجوز قلبه . وفيه تقرير آخر لبعضهم بعيد من اللفظ . وحاصل هذا أن أحكام أفراد الجنس المتحد متحدة بحسب الأصل : فكل مسلم يتعلق به من خطابات الأحكام

الذى مر أنه ليس المراد به الأداء حتى تكون الولاية شرطا . والجواب أنا قد ذكرنا أن الشهادة وصفة الشاهدين إنما كانت تعظيما ولا تعظيم لشيء بسبب حضوره للكفار (ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين خلافا للشافعي) ووعد المصنف ببيان ذلك فى الشهادات ونحن تابعناه فى ذلك ، وينعقد بشهادة فاسقين عندنا خلافا للشافعي ، هو يقول (الشهادة من الكرامة) لأن فى اعتبار قوله فى نفسه ونفاذه على الغير إكراما له لا محالة (والفاسق من أهل الإهانة) لجريمته ، ودليله يتم بأن يقول : والفاسق ليس من أهل الكرامة ، ولكن عدل عنه إلى ماذكر لأنه يستلزم ذلك ، وفيه تصريح بأنه يستحق ماهو أعظم من ترك الإكرام وهو الإهانة (ولنا أن الفاسق من أهل الولاية) على نفسه لأن له أن يزوّج نفسه وعبده وأمته ويقر بما يتعلق بنفسه من القتل وغيره ،

(قوله والجواب ، إلى قوله : إنما كانت تعظيما) أقول : فيه بحث (قوله ولنا أن الفاسق ، إلى قوله : ويقر بما يتعلق بنفسه من القتل وغيره) أقول : فيه بحث

وهذا لأنه لما لم يحرم الولاية على نفسه لإسلامه لايحرم على غيره لأنه من جنسه، ولأنه صلح مقلدا فيصلح مقلدا وكذا شاهدا . والمحدود فى القذف من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة تحملا ، وإنما الفائت ثمرة الأداء بالنهى لجريمته فلا يبالى بفواته كما

مايتعلق بمثله فلما لم يحرم الشارع الفاسق من الولاية على نفسه علم أنه لم يعتبر شرعا فسقه سالبا لأهلية الولاية مطلقا فجاز ثبوتها على غيره لأنه كنفسه ، إلا أن ثبوتها على غيره لايتحقق إلا برضاه وذلك بتوليته عليه ، وإذا استشهده فقد استولاه ورضى به فيثبت ذلك القدر وهو صحة سماعه عليه كما يصح منه سماعه لأحد شطرى مايعقده من المعاملات لنفسه من غيره ومجرد السماع هو الشرط فتجوز شهادته فيه : أى سماعه . أما الأداء فمتوقف على فعل غيره وهو إجازة القاضى . وأنت إذا تأملت هذا الوجه ظهر لك أنه لم يزد على اقتضاء تجويز كون الفاسق شاهدا فتثبت شهادته لعدم النافى . والوجه السابق من اشتراط الشهادة لإظهار تعظيم العقد وتعظيم المحل الوارد هو عليه ينفيه لأن مجرد إحضار الفاسق ليس بتكرمة . والحق أن هذا الوجه إنما ينفى ماذكرناه من إحضار الفساق حال سكرهم على مافرعوا من أنه إذا عقد بحضرة سكارى يفهمون كلام العاقدين جاز وإن كانوا بحيث ينسونه إذا صحوا وهو الذى دنا به آنفا . أما من كان فى نفسه فاسقا وله مروءة وحشمة فإن إحضاره للشهادة لاينافيه الوجه المذكور ، فالحق صحة العقد بحضرة فساق لافى حال فسقهم ، والله أعلم (قوله ولأنه صلح مقلدا) بكسر اللام المشددة . وجه ثان ذكره المصنف فى صحة شهادة الفاسق فى النكاح وهو أنه صلح مقلدا : أى سلطانا وخليفة (فيصلح مقلدا) بفتح اللام : أى قاضيا (وكذا شاهدا) بالواو فى نسخ وبالفاء فى نسخ ، فعلى الأول هى ملازمة

وكل من هو من أهل الولاية فهو من أهل الشهادة لأن الشهادة من باب الولاية . فإن قيل : الولاية على نفسه ولاية قاصرة ، ولا نسلم أن كل من كان من أهل الولاية على نفسه كان من أهل الشهادة لأنها متعدية إلى غيره . أجاب بقوله (وهذا) إشارة إلى أنه من أهل الشهادة لكونه من أهل الولاية : يعنى (لأنه لما لم يحرم الولاية على نفسه لإسلامه لم يحرم على غيره لأنه من جنسه) كما أن أهل الذمة لهم ولاية على أنفسهم فلهم الولاية على غيرهم من أهل الذمة لأنه من جنسه وهذا بناء على أن الفسق لايخرج المرء من أهلية الشهادة على الأداء ، وفيه الإلزام ، فلأن لا يخرج عنها على الانعقاد ولا إلزام فيه أولى (ولأنه صلح مقلدا) كالحجاج وغيره ، فإن الأئمة بعد الخلفاء الراشدين قلما يخلو واحد منهم عن فسق (فيصلح مقلدا) أى قاضيا (فكذا شاهدا) لأن الشهادة والقضاء من باب واحد . وفى عبارته تسامح لأنه يفهم منه أن تكون أهلية الشهادة مرتبة على أهلية القضاء ، وقد ذكر فى كتاب أدب القاضى أن أهلية القضاء مستفادة من أهلية الشهادة ، ولو قال بالواو كان أحسن . لايقال : يجوز أن يكون مرتبا على مقلدا بكسر اللام لأن أهلية السلطنة ليست مستفادة من أهلية الشهادة لأن عكسه كذلك . والجواب أن معنى كلامه إذا كان الفسق لايمنع عن ولاية هى أعم ضررا فلأن لايمنع عن ولاية عام الضرر أو خاصة أولى ، والترتيب على هذا الوجه غير خافى الصحة . ولو قال الفاسق من أهل الولاية القاصرة بلا خلاف فيصلح شاهدا على الانعقاد لأنه لا إلزام فيه وكانت الولاية قاصرة لكان أسهل تأتيا ، وينعقد بحضور المحدود فى القذف لأنه (من أهل الولاية) على مامر (فيكون من أهل الشهادة تحملا) لا أداء . فإن قلت : النكتة المذكورة فى الفاسق أولا تقتضى أن يكون للمحدود فى القذف شهادة متعدية ولم تكن فكانت منقوضة . قلت : كان كذلك لولا النص القاطع . وقوله (وإنما الفائت ثمرة الأداء بالنهى لجريمته فلا يبالى بفواته كما

فى شهادة العميان وابنى العاقدين . قال (وإن تزوّج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وقال محمد وزفر : لايجوز) لأن السماع فى النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم

واحدة . حاصلها أنه لما صلح للولاية الكبرى التى هى أعم ضررا ونفعا صلح للصغرى التى هى الأقل وهى القضاء والشهادة بطريق الأولى . بيان الاستثنائية المقدرة المستغنى عن إظهارها بلفظة لما فإنها دالة على وضع المقدم أن الخلفاء غير الأربعة السابقين ومن تبعهم بإحسان كعمر بن عبد العزيز قلما خلوا من فسق مع عدم إنكار السلف ولايتهم وتصحيح تقليدهم القضاء وغيره . وعلى الثانى ملازمتان بين صلاحية الكبرى وصلاحية القضاء وبين صلاحية القضاء وصلاحية الشهادة ، والأول سبب للثانى فى كل منهما . فاعترض بأنه ذكر فى أدب القاضى أن الأمر بالعكس حيث قال لاتصح ولاية القاضى حتى يجتمع فى المولى شرائط الشهادة . وأجيب بأن قوله فكذا شاهدا عطف على مقلدا بكسر اللام وإن تخلل معطوف غيره كعمرو من قولك جاء زيد وبكر وعمرو عطف على زيد لابكر ، ومسببيته عنه ظاهرة ولا مناقضة حينئذ ، وفيه نظر إذ العطف بالفاء يقتضى ترتب كل على ماقبله كما فى جاء زيد فعمرو فبكر .

[فرع] فى فتاوى النسفى : للقاضى أن يبعث إلى شفعوى ليبطل العقد إذا كان بشهادة الفاسق ، والحنفى أن يفعل ذلك على مانبين فى كتاب القضاء إن شاء الله تعالى ، وكذا لوكان بغير ولى فطلقها ثلاثا فبعث إلى شافعى يزوجها منه بغير محلل ثم يقضى بالصحة ، وبطلان النكاح الأول يجوز إذا لم يأخذ القاضى الكاتب ولا المكتوب إليه شيئا ولا يظهر بهذا حرمة الوطء السابق ولا شبهة ولا خبث فى الولد . كذا فى الخلاصة ، ثم قال : قال الإمام ظهير الدين المرغينانى : لايجوز الرجوع إلى شافعى المذهب إلا فى اليمين المضافة ، أما لوفعلوا فقضى ينفذ قوله لأن السماع فى النكاح شهادة ولاشهادة للكافر على المسلم) ينتج لاسماع للكافر على المسلم لكنه عدل فى النتيجة إلى التشبيه فقال : فصار كأنهما لم يسمعا كلام المسلم لأن مراده من النتيجة نفى السماع المعتبر لانفى حقيقته ، وإذا انتفى الاعتبار صار وجوده كعدمه . فصح تشبيه السماع بعدمه على ماهو معنى قوله فصار كأنهما لم يسمعا كلام المسلم ، وتمام هذا الدليل موقوف على أن صغرى القياس منعكسة كنفسها فى خصوص هذه المادة لأن المطلوب نفى الشهادة لنفى السماع المعتبر ، فلو أن الشهادة مجرد الحضور كما يعطيه ظاهر القدورى ، وقدمنا أن ممن قال به السغدى والإسبيجابى لم يتم . ونص القدورى وغيره على اشتراط السماع ولأنه المقصود بالحضور فلا يجوز بالأصمين على ماهو الأصح ، وعن اشتراط السماع ماقدمناه فى التزوج بالكتابة من أنه لابد من سماع الشهود ما فى الكتاب المشتمل على الخطبة بأن تقرأه المرأة عليهم أو سماعهم العبارة عنه بأن تقول : إن فلانا كتب إلى يخطبنى ثم تشهدهم أنها زوجته نفسها ، أما لو لم تزد على الثانى لايصح على ما قدمناه فى الفروع . ولقد أبعد عن

فى شهادة العميان) معذرة عن عدم قبول شهادة المحدود فى قذف بعد ما كان من أهل الولاية كالفاسق ، ويجوز أن يكون جوابا عن السؤال الذى ذكرته آنفا ، والطريق الذى ذكرته فى الفاسق أسهل مأخذا . قال (وإن تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وقال محمد وزفر لايجوز لأن السماع) أى سماع كلام العاقدين من الإيجاب والقبول (فى النكاح شهادة) وهذا ظاهر لأنا لانريد من الشهادة على النكاح إلا ذلك (ولا شهادة للكافر على المسلم)

(قال المصنف : وقال محمد وزفر رحمهما الله : لايجوز ، لأن السماع فى النكاح شهادة ولاشهادة للكافر على المسلم

فكأنهما لم يسمعا كلام المسلم . ولهما أن الشهادة شرطت فى النكاح على اعتبار إثبات الملك لوروده على محل ذى خطر لاعلى اعتبار وجوب المهر إذ لاشهادة تشترط فى لزوم المال وهما شاهدان عليها ، بخلاف ما إذا لم يسمعا كلام الزوج لأن العقد

الفقه وعن الحكمة الشرعية من زاد النائمين ونص فى فتاوى قاضيخان عليه إذا لم يسمعا كلامهما ثم الشرط أن يسمعا معا كلامهما مع الفهم . أما الأول فذكر فى روضة العلماء أنه الأصح ، قال وبه أخذ عامة العلماء اه . إذ لو سمع أحد الشهود ثم أعيد على الآخر فسمعه وحده لم يكن الثابت على كل عقد سوى شاهد واحد ، وعن أبى يوسف : إن اتحد المجلس جاز استحسانا وإلا فلا ، وعنه : لابد من سماعهما معا . وأما الثانى فعن محمد : لو تزوجها بحضرة هنديين لم يفهما لم يجز . وعنه : إن أمكنهما أن يعبرا ما سمعا جاز وإلا فلا ، وحكى فى فتاوى قاضيخان خلافا فيه وجعل الظاهر عدم الجواز (قوله ولهما أن الشهادة شرطت فى النكاح على اعتبار إثبات الملك) أى ملكه عليها (لوروده على محل ذى خطر) وهو بضع أنثى ليست مملوكة له محللة من بنات آدم على وجه يقصرها على نفسه لاستيفاء حاجاته منها وهذه من جلائل النعم ، وهو معنى مناسب لاشتراط إحضار السامعين العقلاء إظهارا لتعظيم هذا العقد ليقع فى محفل من المحافل ، وقد ظهر أثر ذلك بإيجاب المال عليه دونها مع أن ملك المتعة مشترك . فعلم أن اشتراط الشهادة لصحة العقد ليس لملك كل منهما التمتع بكل وإلا لم يختص بلزومه ولا على اعتبار وجوب المهر لها عليه ليكونا شاهدين عليه ، إذ لاشهادة تشترط فى لزوم المال فيما عهد من تقريرات الشرع فى موضع ، ولا على اعتبار ملكهما الازدواج المشترك لأنه ثبت تبعا لملك البضع ولا تشترط للتوابع وإلا وجب الإشهاد على شراء الأمة للوطء فإن ملكه من توابع ملك رقبتها . وإذا كانت الشهادة لثبوت ملكه عليها كانا شاهدين عليها وهى ذمية فيجوز بذميين فإنه إظهار خطر بالنسبة إليها شرعا ، ولهذا لو كانا ذميين حكم الشرع بصحته ، حتى لو أسلما بقى على الصحة (بخلاف ما إذا لم يسمعا كلام الزوج) لأن الشهادة اشترطت فى العقد لذلك المعنى والعقد يقوم

وهذا بالاتفاق (فكأنهما لم يسمعا كلام الزوج ، ولهما أن الشهادة ، شرطت فى النكاح على اعتبار إثبات الملك) وتركيب الحجة ، هكذا الشهادة فى النكاح ، شرطت على اعتبار إثبات الملك عليها ، وكل ما شرطت على اعتبار إثبات الملك عليها شهادة عليها فالشهادة فى النكاح شهادة عليها . وبين المصنف المقدمة الأولى بقوله (لوروده على محل ذى خطر) . وتقريره أن الشهادة فى النكاح حال الانعقاد ، إما أن تكون لإثبات ملك المتعة عليها إبانة لخطر المحل ، أو لإثبات ملك المهر عليه . والثانى منتف لأن المهر مال ولا يجب الإشهاد على لزوم المال أصلا ، وأما المقدمة الثانية فلأنا قد علمنا بالاستقراء أنه لاشىء يشترط فى إثبات ملك المتعة عليها إلا الشهادة ، فإن الولى ليس بشرط عندنا ، وإذا كانت الشهادة حال انعقاد النكاح شهادة عليها كان الذميان شاهدين عليها ، وشهادة أهل الذمة على الذمية جائزة . وقوله (بخلاف ما إذا لم يسمعا) جواب عن

فكأنهما لم يسمعا كلام المسلم) أقول : وكان الظاهر أن يستدلا على مطلوبهما ، بأن يقال : لو جازت هذه الشهادة لجازت شهادة الكافر على المسلم والتالى باطل ، إلا أنهما عدلا عنه (قال المصنف : والشهادة شرطت على العقد) أقول : يعنى على اعتبار إثبات الملك عليها بسبب هذا العقد فلا يخالف هذا الكلام لقوله إن الشهادة شرطت فى النكاح الخ فليتأمل (قوله وتركيب الحجة هكذا الشهادة فى النكاح شرطت الخ) أقول : ينبغى أن يصور تركيب الحجة هكذا : الشهادة فى النكاح شهادة شرطت على اعتبار إثبات الملك عليها ، وكل شهادة شرطت على اعتبار إثبات الملك عليها شهادة عليها (قوله وأما المقدمة الثانية الخ) أقول : فيه بحث ، فإن حصر شرط إثبات ملك المتعة عليها فى الشهادة مما لا تمس الحاجة إليه أصلا ، وليس ذلك مدلول المقدمة الثانية لاصريحا ولا التزاما ، ويكفى فى إثبات المطلوب كون الشهادة من شرائطه كما لايخفى على من يعرف تفصيل تركيب الحجة .

. . . .

بهما فلا بد من سماعهما . هذا وتقبل شهادتهما عليها إذا أنكرت لا عليه إذا أنكر . وعند محمد لا تقبل إلا أن يقولا كان معنا مسلمان . وعنه لا تقبل مطلقا لإثباتها فعل المسلم ولا يثبت بشهادتهما . ولو أسلما ثم أدّيا تقبل على كل حال عندهما لأن سماعهما كلام المسلم معتبر وامتناع الأداء للكفر . وعند محمد لا تقبل لعدم صحة العقد إلا إذا قالا كانا معنا مسلمان عند العقد . ولو كان الشاهدان ابنيها قبلا عليها فقط . أو ابنيه فعليه فقط أو ابنيهما فلا يقبلان على واحد منهما ، كما لو كانا أعميين أو أخرسين سميعين حيث يصح العقد بهما ولا أداء لهما لعدم البصر والتكلم ، والعدوّان على التفصيل، فعدوّه يقبلان عليها لا عليه ، وعدوّاها يقبلان عليه لا عليها ، وعدوّاهما لا يقبلان مطلقا . أما الانعقاد فيثبت بشهادة الأولاد والأعداء كيف كانوا ، وأما الأخوان بأن يزوّج الأب ابنته بشهادة ابنيه فأنكر الزوج وادعاه الأب والبنت كبيرة أو المرأة فشهد لا تقبل . ولو كان الزوج هو المدعى والمرأة منكرة أو الأب قبلت ، هذا قول أبي يوسف . وعند محمد تقبل وإن كان المدعى الأب أو المرأة أيضا . والأصل أن كل شيء يدعيه الأب فشهادتهما فيه باطلة وإن لم يكن فيه منفعة له لشبهة الأبوة عند أبي يوسف لثبوت منفعة نفاذ كلامه . وقال محمد : كل شيء للأب فيه منفعة جحدا وادعاء . فشهادة ابنيه فيه باطلة . وكذا كل شيء وليه مما يكون خصما فيه كالبيع ونظائره ، ولم يعتبر منفعة نفاذ القول منفعة . ولو كانت البنت صغيرة لا تقبل اتفاقا لأنها للأب . قال الحاكم أبو الفضل في تفسيره : يريد أن الشهادة تبطل في حال ادعائه من طريق التهمة ، وكذا في حال جحوده لوقوعها لغير خصم يدعى اهـ . وفسر في المبسوط جحوده بأن المراد عند جحوده إن كان الآخر جاحدا أيضا لا تقبل لعدم الدعوى . فأما إذا كان الآخر مدّعيا فمقبولة ، وإن كان للأب منفعة فيها كما إذا شهدوا عليه ببيع ما يساوى مائة بألف والمشترى يدّعيه ، وهذا لأن هذه منفعة غير مطلوبة للأب فلا تمنع من قبول شهادتهما ، وكذلك إذا قال لعبده إن كلمك فلان فأنت حر فشهد ابنا فلان أن أباهما كلمه جازت عند محمد سواء كان الأب جاحدا أو مدعيا . وعند أبي يوسف لا تجوز إلا أن يكون جاحدا . ولو زوّج الرجل بنته ثم شهد مع أخيها عليها بالرضا وهي تنكر لا تقبل لأن الشهادة على فعل نفسه مطلقا لا تقبل سواء كان مما هو فيه خصم أولا .

[فرعان] لو أقر بالنكاح بحضرة الشهود وكان تزوجها بغير شهود اختلفوا فيه ، والأصح أنهما إن سميا المهر ينعقد نكاحا مبتدأ كذا في الدراية . وقدمنا أنهما إذا أقرّا به ولم يكن بينهما نكاح لا ينعقد إلا إن قال الشهود جعلتما هذا نكاحا فقالا نعم فينعقد لأن النكاح ينعقد بالجعل . قال قاضيخان : وينبغي أن يكون الجواب على التفصيل إن أقرا بعقد ماض ولم يكن بينهم عقد لا يكون نكاحا . وإن أقرّت أنه زوجها وهو أنها امرأته يكون نكاحا ويتضمن إقرارهما الإنشاء ، بخلاف إقرارهما بماض لأنه كذب كما قال أبو حنيفة : إذا قال لامرأته لست لى امرأة ونوى به الطلاق يقع كأنه قال لأني طلقتك . ولو قال لم أكن تزوجتها ونوى الطلاق لا يقع لأنه كذب محض اهـ . يعنى إذا لم يقل الشهود جعلتما هذا نكاحا والحق هذا التفصيل . وفي الفتاوى : بعث أقواما للخطبة فزوّجها الأب بحضرتهم قيل : لا يصح وإن قبل عن الزوج إنسان واحد لأنه نكاح بغير شهود لأن القوم كلهم خاطبون من تكلم ومن لا ، لأن المتعارف هكذا أن يتكلم واحد ويسكت الباقون والخاطب لا يصير شاهدا . وقيل يصح وهو الصحيح وعليه الفتوى لأنه لا ضرورة في جعل الكل خاطبا فيجعل المتكلم خاطبا فقط والباقى شهود

قياس محمد وزفر . وتقريره أن الشهادة في النكاح شرط على العقد والعقد ينعقد بكلاميهما ، فإذا لم يسمعا كلام

ينعقد بكلاميهما والشهادة شرطت على العقد : قال (ومن أمر رجلا بأن يزوّج ابنته الصغيرة فزوّجها والأب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما جاز النكاح) لأن الأب يجعل مباشرا للعقد لاتحاد المجلس ويكون الوكيل سفيرا ومعبرا فيبقى المزوّج شاهدا (وإن كان الأب غائبا لم يجز) لأن المجلس مختلف فلا يمكن أن يجعل الأب مباشرا ، وعلى هذا إذا زوّج الأب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد إن كانت حاضرة جاز ، وإن كانت غائبة لم يجز ، والله أعلم .

(قوله ومن أمر رجلا أن يزوّج ابنته الصغيرة فزوّجها والأب حاضر بحضرة رجل واحد جاز النكاح) وكذا إذا زوّج الأب ابنته البالغة بحضورها مع واحد أو امرأتين أو وكيل المرأة بحضورها مع امرأتين جاز النكاح . ثم إنما تقبل شهادة المزوج إذا لم يقل أنا زوّجتها بل يقول هذه زوجة هذا ؛ وإنما صح بحضور الواحد لأن الوكيل فى النكاح سفير ومعبر ينقل عبارة الموكل ، فإذا كان من يعبر عنه حاضرا والفرض أن العبارة تنتقل إليه كان مباشرا لأن العبارة تنتقل إليه وهو فى المجلس وليس المباشر سوى هذا ، بخلاف ما إذا كان غائبا لأن انتقال العبارة إليه حال عدم الحضور لايصير به مباشرا لأنه مأخوذ فى مفهومه الحضور ضرورة فيقتصر أثره على عدم رجوع الحقوق إلى الوكيل ، ولهذا لو زوّج وكيل السيد العبد بحضوره مع آخر لايصح لأن العبارة إنما تنتقل إلى مقيد الولاية وهو السيد وهو غائب . فظهر من هذا التوجيه أن إنزاله مباشرا مع حضوره جبرى لايتوقف على ثبوت الحاجة إلى اعتباره . فاندفع ما أورد من أنه تكلف غير محتاج إليه فإن الأب يصلح شاهدا فلا حاجة إلى اعتباره مباشرا إلا فى المسئلة الأخيرة فى الكتاب ، وهى ما إذا زوّج الأب بنته البالغة بحضرة واحد لأنها لاتصلح شاهدة على نفسها فأنزلت مباشرة ضرورة التصحيح ، ولو أذن السيد لعبده أو أمته فى التزوج فعقدا بحضرة واحد مع السيد قيل لايجوز للانتقال إلى السيد لأنهما وكيلان عنه ، والأصح الجواز بناء على منع كونهما وكيلين لأن الإذن فك الحجر عنهما فيتصرفان بعده بأهليتهما لابطريق النيابة . ومما ذكر فى مسئلة وكيل السيد يظهر أن ثبوت الصحة فيما

المسلم لم يشهدا على العقد (ومن أمر رجلا أن يزوّج ابنته الصغيرة فزوّجها) بحضرة رجل واحد فلا يخلو إما أن يكون الأب حاضرا أو غائبا ، فإن كان حاضرا (جاز النكاح لأن الأب يجعل مباشرا للعقد ويكون الوكيل) شاهدا لأن المجلس متحد ، فجاز أن يكون العقد الواقع من المأمور حقيقة كالواقع من الآمر حكما لكون الوكيل فى فى باب النكاح (سفيرا ومعبرا ، وإن كان غائبا لم يجز لأن المجلس مختلف ، فلا يمكن أن يجعل الأب مباشرا) مع عدم حضوره فى مجلس المباشرة . قال فى النهاية : هذا تكلف غير محتاج إليه فى المسئلة الأولى لأن الأب يصلح أن يكون شاهدا فى باب النكاح فلا حاجة إلى نقل المباشرة من المأمور إلى الآمر حكما ، وإنما يحتاج إليه فى المسألة الأخيرة ، وهى ما (إذا زوّج ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد ، فإن كانت حاضرة جاز) بنقل مباشرة الأب إليها لعدم صلاحيتها للشهادة على نفسها (وإن كانت غائبة لم يجز) لأن الشىء إنما يقدّر أن لو تصوّر تحقيقا . وأقول : أرى أنه لافرق بين الصورتين فى الاحتياج إلى ذلك التكلف ، وذلك لأن الأب إذا كان حاضرا لايصلح أن يكون

(قال المصنف : لأن الأب يجعل مباشرا لاتحاد المجلس ، إلى قوله ، لأن المجلس مختلف) أقول : فيه بحث إذ الأظهر أن يقول بدل قوله لاتحاد المجلس لحضوره فى المجلس وبدل قوله لأن المجلس مختلف لعدم حضوره فى المجلس (قوله لأن المجلس مختلف فلايمكن أن يجعل الأب مباشرا الخ) أقول : فيه بحث (قوله وأقول أرى أنه لافرق ، إلى قوله : لأن الأب إذا كان حاضرا الخ) أقول : يؤيد كلام صاحب النهاية ماسيجىء

إذا زوّج السيد عبده أو أمته بحضورهما مع شاهد محل نظر ، لأن مباشرة السيد ليس فكا للحجر عنهما فى التزوّج مطلقا وإلا لصح فى مسئلة وكيله ولذا خالف فى صحّتها المرغينانى ، قال : وقال أستاذى : فيهما روايتان : أى فى وكيل السيد والسيدة .

[فروع] إذا جحد أحد الزوجين النكاح فإما أصله أو شرطه ؛ فى أصله لو جحده الزوج فأقامت بينة به أو على إقراره قبلت ولا يكون جحوده طلاقا ؛ ألا ترى أن الطلاق ينقص العدد وبارتفاع أصل النكاح لا نقص ؛ وأما إنكار الشرط كإنكار الشهادة ، فإن كانت هى المنكرة بأن قالت تزوّجنى بلا شهود وقال الزوج بشهود فالنكاح صحيح ، وإن كان هو القائل ذلك فرّق بينهما لإقراره بالحرمة على نفسه فيكون كالفرقة من قبله فلها نصف المهر إن كان قبل الدخول وإلا فكله ونفقة العدة ، وهذا بخلاف إنكاره أصل النكاح لأن القاضى كذبه بالحجة فى زعمه فلا يبقى زعمه معتبرا ، وهنا ما كذبه فى زعمه بحجة ولكن رجح قولها لمعنى هو أن الشرط تبع وقد اتفقا على الأصل والاتفاق على الأصل اتفاق على التبع فالمنكر له بعد موافقته على الأصل كالراجع عنه فيبقى زعمه معتبرا فى حق نفسه ولذا فرق بينهما ، وكذا لو قال تزوّجتها وهى معتدة أو مجوسية ثم أسلمت أو وأختها عندى أو ولها زوج أو أمة بلا إذن لأن هذه المواقع كلها فى محل العقد والحال فى حكم الشروط ، بخلاف مالو ادعى أحدهما أن النكاح كان فى صغره بمباشرته لأنه منكر لأصل النكاح معنى ، وإذا كان القول للمنكر منهما هنا فلا مهر لها عليه إن لم يكن دخل بها قبل البلوغ ، فإن دخل بها فلها الأقل من المسمى ومهر المثل للدخول فى نكاح موقوف ، وإن كان الدخول بعد البلوغ فهو رضا بذلك النكاح ، وبعد البلوغ لو أجاز العقد الذى عقد له قبله جاز ، والتمكين من الدخول إجازة ، ولو كانت هى القائلة تزوّجنى وأنا معتدة وما بعدها إلى آخر الصورة التى ذكرناها وهو ينكر فهى امرأته لما قلنا فى الشهادة ، والله سبحانه أعلم . شهد شاهد أنه تزوّجها أمس وآخر اليوم فهى باطلة ؛ فإن النكاح وإن كان قولا فمن شرائطه ماهو فعل وهو الحضور ، فكان كالأفعال فى الاختلاف ، واختلاف الشهود فى المكان والزمان فى الأفعال يمنع القبول ، ولأن كلا شهد بعقد حضره واحد ، والله أعلم .

شاهدا فى نكاح أمره به ، لأن الوكيل سفير ومعبر فكان الأب هو المزوّج ، ولا يجوز أن يكون المزوج شاهدا ، وإذا انتقل إليه المباشرة أيضا صار هو المزوّج من كل وجه فجاز أن يكون الوكيل شاهدا ، وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما إذا وكل رجلا أن يزوّج عبده فزوّجه بشهادة رجل واحد والعبد حاضر فإنه لا يجوز مع إمكان جعل العبد مباشرا للعقد والوكيل مع الرجل شاهدين ، كما لو باشر المولى عقد تزويج العبد عند حضرة العبد مع رجل آخر فإنه يجوز . وأجيب بأن العبد لم يكن موكلا حتى تنتقل مباشرة الوكيل إليه ويبقى شاهدا فبقى الوكيل على حاله مزوّجا ، بخلاف ما إذا باشره المولى بحضرة العبد ، فإن العبد هناك يجعل مباشرا للنكاح بنفسه والمولى شاهدا فيكون النكاح بحضرة شاهدين . لا يقال : المولى ليس بوكيل عن العبد فكيف تنتقل مباشرته إليه لأن العقد لما كان له كان بمنزلة الموكل ، بخلاف ما إذا كان العبد غائبا لعدم إمكانه مباشرا لما قلنا إن الشىء إنما يقدر أن لو تصور تحقيقا .

فى الهداية فى باب المهر من أن الولى فى تزويج الصغيرة سفير ومعبر لا عاقد مباشر فراجعه (قوله لا يقال المولى ليس بوكيل عن العبد فكيف تنتقل مباشرته إليه لأن العقد لما كان له كان بمنزلة الموكل الخ) أقول : هذا الكلام جار فى المسئلة السابقة أيضا .

(فصل فى بيان المحرمات)

قال (لايحل للرجل أن يتزوّج بأمه ولا بجداته من قبل الرجال والنساء) لقوله تعالى ـ حرّمت عليكم أمهاتكم

(فصل فى بيان المحرّمات) المحلية الشرعية من شرائط النكاح

وإنما أفرد هذا الشرط بفصل على حدة لكثرة شعبه وانتشار مسائله وانتفاء محلية المرأة للنكاح شرعا بأسباب : الأول النسب ، فيحرم على الإنسان فروعه وهم بناته وبنات أولاده وإن سفلن وأصوله وهم أمهاته وأمهات أمهاته وآبائه وإن علون ، وفروع أبويه وإن نزلن ، فتحرم بنات الإخوة والأخوات وبنات أولاد الإخوة والأخوات وإن نزلن ، وفروع أجداده وجداته لبطن واحد ، فلهذا تحرم العمات والخالات ، وتحل بنات العمات والأعمام والخالات والأخوال . الثانى المصاهرة ، يحرم بها فروع نسائه المدخول بهن وإن نزلن ، وأمهات الزوجات وجداتهن بعقد صحيح وإن علون وإن لم يدخل بالزوجات ، وتحرم موطوءات آبائه وأجداده وإن علوا ولو بزنا والمعقودات لهم عليهن بعقد صحيح . وتحرم موطوءات أبنائه وأبناء أولاده وإن سفلوا ولو بزنا ، والمعقودات لهم عليهن بعقد صحيح . الثالث الرضاع ، يحرم كالنسب ، وسيأتى تفصيله فى كتاب الرضاع إن شاء الله تعالى . الرابع الجمع بين المحارم والأجنبيات كالأمة مع الحرة السابقة عليها . الخامس حق الغير ، كالمنكوحة والمعتدة والحامل بثابت النسب . السادس عدم الدين السماوى كالمجوسية والمشركة .

(فصل فى بيان المحرّمات)

لما كانت من بنات آدم من أخرجها الله عن محلية النكاح بالنسبة إلى بعض بنى آدم احتاج إلى ذكرها فى فصل على حدة . وأسباب حرمتهن تتنوع إلى تسعة أنواع : القرابة ، والمصاهرة ، والرضاع ، والجمع ، وتقديم الحرة على الأمة ، وقيام حق الغير من نكاح أو عدة ، والشرك ، وملك اليمين ، والطلقات الثلاث ، وكل ذلك مذكور فى الكتاب (لايحل للرجل أن يتزوّج بأمه ولا بجدّاته من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى ـ حرمت عليكم أمهاتكم ـ) ودلالته على حرمة الأم ظاهرة ، وأما على حرمة الجدة فباعتبار أن الأم فى اللغة هى الأصل كما يقال لمكة أم القرى ، فتكون دلالتها عليهما باعتبار معنى يعمهما لغة لا باعتبار الجمع بين الحقيقة والمجاز

(فصل فى بيان المحرّمات)

(قال المصنف : لقوله تعالى ـ حرمت عليكم ـ) أقول : قال الله تعالى ـ حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وأن تجمعوا بين الأختين إلا ماقد سلف إن الله كان غفورا رحيما . والمحصنات من النساء إلا ماملكت أيمانكم كتاب الله عليكم وأحل لكم ماوراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة ولاجناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة إن الله كان عليما حكيما ـ الآية . قال القاضى فى تفسير قوله تعالى ـ وأحل لكم ماوراء ذلكم ـ ماسوى المحرمات الثمان المذكورة ، وخص عنه بالسنة مافى معنى المذكورات كسائر محرمات الرضاع والجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها اهـ (قوله وأسباب حرمتهن تتنوع إلى تسعة أنواع ، إلى قوله : والجمع الخ) أقول : فيه أن الجمع حرام كما يدل عليه نظم القرآن لا أنه سبب للحرمة (قوله وملك اليمين) أقول : فيه بحث

وبناتكم ـ والجدّات أمهات ، إذ الأم هي الأصل لغة أو ثبتت حرمتهن بالإجماع . قال (ولا ببنته) لما تلونا (ولا ببنت ولده وإن سفلت) للإجماع (ولا بأخته ولا ببنات أخته ولا ببنات أخيه ولا بعمته ولا بخالته) لأن حرمتهن منصوص عليها في هذه الآية ، وتدخل فيها العمات المتفرقات والخالات المتفرقات وبنات الإخوة المتفرقين لأن جهة الاسم عامة . قال (ولا بأم امرأته التي دخل بها أو لم يدخل) لقوله تعالى ـ وأمهات نسائكم ـ

السابع : التنافي كنكاح السيد أمته والسيدة عبدها (قوله إذ الأم هي الأصل لغة) قال الله تعالى ـ وعنده أم الكتاب ـ وسميت مكة أم القرى لأن الأرض دحيت من تحتها والخمر أم الخبائث ، فعلى هذا ثبتت حرمة الجدات بموضوع اللفظ وحقيقته لأن الأم على هذا من قبيل المشكك (قوله أو ثبتت حرمتهن بالإجماع) أي إن لم يكن إطلاق الأم على الأصل بطريق الحقيقة حتى لا يتناول النص الجدات . والتحقيق أن الأم مراد بها الأصل على كل حال ، لأنه إن استعمل فيه حقيقة فظاهر ، وإلا فيجب أن يحكم بإرادته مجازا فتدخل الجدات في عموم المجاز والمعرف لإرادة ذلك في النص الإجماع على حرمتهن . ولم يثبت عند المصنف إطلاق لفظ البنت على الفرع حقيقة فلذا اقتصر في حرمة بنات الأولاد على الإجماع ، وظاهر بعض الشروح ثبوته حيث قال : وكذا الاستدلال في البنات ، فإن بنت البنت تسمى بنتا حقيقة باعتبار أن البنت يراد به الفرع فيتناولها النص حقيقة أو مجازا عند البعض. وقوله عند البعض يريد إذا استعمل في حقيقته ومجازه عند العراقيين فإنهم يجوّزونه إذا كان في محلين . وعلى ما أسمعناك من التقرير يتناولهن مجازا عند الكل . ومن الطرق في تحريم الجدات وبنات الأولاد دلالة النص المحرم للعمات والخالات وبنات الأخ والأخت ، ففي الأول لأن الأشقاء منهن أولاد الجدات ، فتحريم الجدات وهن أقرب أولى ، وفي الثاني لأن بنات الأولاد أقرب من بنات الإخوة .

[فرعان : الأول] لبنت الملاعنة حكم البنت ، فلو لاعن فنفى القاضي نسبها من الرجل وألحقها بالأم لا يجوز للرجل أن يتزوّجها لأنه بسبيل من أن يكذب نفسه ويدعيها فيثبت نسبها منه . الثاني يحرم على الرجل بنته من الزنا بصريح النص المذكور لأنها بنته لغة ، والخطاب إنما هو باللغة العربية مالم يثبت نقل كلفظ الصلاة ونحوه فيصير منقولا شرعيا (قوله لأن جهة الاسم عامة) أي الجهة التي وضع الاسم مع اعتبارها ، فاسم الأخ مثلا وضع لذات باعتبار نسبتها إلى أخرى بالمجاورة في صلب أو رحم ، والأحسن أن يقال باعتبار حلولها ما حلته من صلب أو رحم كي لا يقتصر على التوءم وبهذه الجهة تعم المتفرّقات فكان حقيقة في الكل بالتواطؤ ، ويدخل في العمات والخالات بنات الأجداد وإن علوا لأنهن أخوات آباء أعلون [1] وبنات الجدات وإن علون لأنهن أخوات أمهات عليات وفي بنات الأخ والأخت بناتهن وإن سفلن (قوله ولا بأم امرأته دخل بها أو لم يدخل) إذا كان نكاح البنت صحيحا

(أو ثبتت حرمتهن بالإجماع) وهذان المسلكان يسلك بهما في كل مافيه معنى الفرعية أيضا كالبنات وبناتها وبنات الابن بنات كذلك ، والأخت وبناتها وبنات الأخ والعمات والخالات متفرّقة كن أو غيرها تناولها النص بجهة عموم الاسم ، هذا مايتعلق بالقرابة . وتحرم أم امرأته إن كانت مدخولا بها أو لم تكن لقوله تعالى ـ وأمهات نسائكم ـ

(قوله في كل مافيه معنى الفرعية) أقول : فيه بحث ، فإن إطلاق البنت على الفرع مطلقا ممنوع (قوله كالبنات) أقول : حرمة البنات ثبتت بالنص .

---

(١) (قوله أعلون) هكذا في النسخ ، والمناسب أعلين بالياء بالواو لأنه صفة آباء المجرور كما لايخفى كتبه مصححه .

من غير قيد الدخول (ولا ببنت امرأته التي دخل بها) لثبوت قيد الدخول بالنص (سواء كانت في حجره أو في حجر غيره) لأن ذكر الحجر خرج مخرج العادة لا مخرج الشرط ولهذا اكتفى في موضع الإحلال بنفي الدخول

أما بالفاسد فلا تحرم الأم إلا إذا وطئ بنتها ، ويدخل في أم امرأته جداتها (قوله من غير قيد الدخول) عليه عمر وابن عباس وعمران بن الحصين رضي الله عنهم والجمهور، وإليه رجع ابن مسعود بناء على أن تقييد المعطوف بصفة أو حال كما في الآية ، فإن قوله - من نسائكم - حال من الربائب لا يوجب تقييد المعطوف عليه به لكنه يجوز ولا يمتنع ، ولهذا خالف فيه علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما وناهيك بهما علما فجعلا الدخول قيدا في حرمة أمهات النساء وتبعهم على ذلك بشر المريسي ومحمد بن شجاع . ووجهه البناء على أن الشرط والاستثناء إذا تعقب كلمات منسوقة انصرف إلى الكل . ورد بأن المذكور في الآية ليس شرطا بل صفة ، ولا يلزم وصف المعطوف عليه بوصف المعطوف ، ثم يبطل جوازه في هذا الموضع باستلزامه كون الشيء الواحد معمول عاملين ، وذلك أن النساء المضاف إليه أمهات مخفوض بالإضافة والمجرور بمن بها ، فلو كان الموصول وهو قوله - اللاتي دخلتم بهن - صفة لهما لزم ذلك ، وهذا بناء على اعتبار الصفة هنا بمعنى الشرط ، وأبطله في الكشاف بلزوم كون من مستعملا في معنيين متخالفين في إطلاق واحد وهو البيان بالنسبة إلى النساء المضاف إليهن أمهات والابتداء بالنسبة إلى الربائب لأنه المناسب فيهما . قال الشيخ سعد الدين في حواشيه : وما يقال إن الابتداء معنى كلي صادق على جميع معاني من فضرب من التأويل والتشبيه ، ثم قال : نعم قد يستعمل في إيصال شيء فيتناول إيصال الأمهات بالنساء لأنهن والدات وبالربائب لأنهن مولودات ، فحينئذ يصح جعل - من نسائكم - متعلقا بالأمهات والربائب جميعا حالا منهما . وفائدة إيصال الأمهات بالنساء بعد إضافتها إليها في زيادة قيد الدخول ، لكن الاتفاق على حرمة أمهات النساء مدخولات كن أو غير مدخولات يأبى هذا المعنى ، فمن هنا جعل متعلقا بربائبكم فقط اهـ . ويمكن أن يجعل حالا من النساء المضاف إليهن أمهات ومن الربائب إلا أنه يستلزم جعل الحال من المضاف إليه ، وإنما يجوزه من جوزه بمسوغ من كون المضاف صالحا للعمل في الحال أو جزءا للمضاف إليه ، وزاد بعضهم شبه الجزء في صحة حذفه والاستغناء عنه بالمضاف إليه نحو - ملة إبراهيم حنيفا - (قوله سواء كانت في حجره أو في حجر غيره) وهو مذهب الجمهور وشرطه علي ، ورجع ابن مسعود إلى قول الجمهور لأن قيد الحجر خرج مخرج العادة والغالب ، إذ الغالب كون البنت مع الأم عند زوج الأم وهو المراد بالحجر هنا ، ولولا هذا لثبتت الإباحة عند انتفائه بدلالة اللفظ في غير محل النطق عند من يعتبر مفهوم المخالفة ، وبالرجوع إلى الأصل وهو الإباحة عند من لا يعتبر المفهوم ، لأن الخروج عنه إلى التحريم مقيد بقيد فإذا انتفى القيد رجع إلى الأصل لا بدلالة اللفظ (قوله ولهذا) أي ولكونه لم يعتبر قيدا في الحرمة اكتفى في وضع نفي الحرمة بنفي الدخول بقوله تعالى - فإن لم تكونوا

من غير قيد بالدخول . وتحرم بنت امرأته التي دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص وهو قوله تعالى - من نسائكم اللاتي دخلتم بهن - وليس كونها في الحجر شرطا . (قال المصنف لأن ذكر الحجر) يعني في قوله تعالى - وربائبكم اللاتي في حجوركم - (خرج مخرج العادة) فإن العادة أن تكون البنات في حجر زوج أمها غالبا : أي في تربيتها لا على وجه الشرط ، واستوضح ذلك بقوله (ولهذا اكتفى في موضع الإحلال بنفي الدخول) ولم يشترط نفي الدخول مع نفي الحجر حيث لم يقل : فإن لم تكونوا دخلتم بهن ولسن في حجوركم ، فإن الإباحة تتعلق بضد ما تتعلق به الحرمة . واعترض بأنه يجوز أن تكون الحرمة متعلقة بعلة ذات وصفين ، وهما الدخول ، والحجر .

(قال ولا بامرأة أبيه وأجداده) لقوله تعالى ـ ولا تنكحوا مانكح آباؤكم من النساء ـ (ولا بامرأة ابنه وبنى أولاده) لقوله تعالى ـ وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم ـ

دخلتم بهن فلا جناح عليكم ـ فحيث خصه فى موضع النفى بالذكر علمنا أنه المعتبر فى إضافة الحرمة ، وإلا لقيل فإن لم تكونوا دخلتم بهن ولسن فى حجوركم ، أو فإن لم تكونوا دخلتم بهن أو لسن فى حجوركم جريا على العادة فى إضافة نفى الحكم إلى نفى تمام العلة المركبة أو أحد جزءيها الدائر وإن صح إضافته إلى نفى جزئها المعين لكنه خلاف المستمر من الاستعمال . هذا ويدخل فى الحرمة بنات الربيبة والربيب وإن سفل لأن الاسم يشملهن، بخلاف حلائل الأبناء والآباء لأنه اسم خاص فلذا جاز التزويج بأم زوجة الابن وبنتها ، وجاز للابن التزوج بأم زوجة الأب وبنتها (قوله ولا بامرأة أبيه وأجداده لقوله تعالى ـ ولا تنكحوا مانكح آباؤكم من النساء ـ) اعلم أن امرأة الأب والأجداد تحرم بمجرد العقد عليها ، والآية المذكورة استدل بها المشايخ صاحب النهاية وغيره على ثبوت حرمة المصاهرة بالزنا بناء على إرادة الوطء بالنكاح ، فإن أريد من حرمة امرأة الأب والجد مايطابقها من إرادة الوطء قصر عن إفادة تمام الحكم المطلوب حيث قال : ولا بامرأة أبيه ، وتصدق امرأة الأب بعقده عليها وإلا لم يفد الحكم فى ذلك المحل ، فإنما يصح على اعتبار لفظ النكاح فى نكاح الآباء فى معنى مجازى يعم العقد والوطء ، ولك النظر فى تعيينه ، ويحتاج إلى دليل يوجب اعتبارها فى المجازى، وليس لك أن تقول ثبتت حرمة الموطوءة بالآية والمعقود عليها بلا وطء بالإجماع ، لأنه إذا كان الحكم الحرمة بمجرد العقد ولفظ الدليل صالح له كان مرادا منه بلاشبهة ، فإن الإجماع تابع للنص أو القياس عن أحدهما يكون ، ولو كان عن علم ضرورى يخلق لهم يثبت بذلك أن ذلك الحكم مراد من كلام الشارع إذا احتمله (قوله لقوله تعالى ـ وحلائل أبنائكم ـ) إن اعتبر الحليلة من حلول الفراش أو حل الإزار تناولت الموطوءة بملك اليمين أو شبهة أو زنا فيحرم الكل على الآباء وهو الحكم الثابت عندنا ، كما تحرم المزنى بها ومن ذكرنا للآباء على الأبناء ، ولا تتناول المعقود عليها للابن أو بنيه وإن سفلوا قبل الوطء ، والفرض أنها بمجرد العقد تحرم على الآباء وذلك باعتباره من الحل بكسر الحاء،

ثم تنتفى الحرمة بانتفاء أحدهما لأن الشىء ينتفى بانتفاء الجزء ، فلم يكن ثبوت الإباحة عند انتفاء الدخول دليلا على أن الحرمة غير متعلقة بالحجر . وأجيب بأن العادة فى مثله نفى الوصفين جميعا أو نفى العلة مطلقا ، لا نفى أحدهما والسكوت عن الآخر . لايقال : لايجرى حكم الربا وهو حرمة الفضل والنسيئة بين هذين البدلين لأنه لم يوجد فيه الجنسية أو لم يوجد القدر ، بل يقال : لم يوجد القدر مع الجنس ، أو يقال : لم توجد علة الربا وليس بقوى ، وتحرم امرأة أبيه وأجداده لقوله تعالى ـ ولا تنكحوا مانكح آباؤكم من النساء ـ فإن دلالته على الأب ظاهرة وعلى الجد بأحد الطريقين : إما أن يكون المراد بالأب الأصل فيتناول الآباء الأجداد كما تتناول الأم الجدات ، وإما بالإجماع . وأما المراد بالنكاح إن كان هو الوطء فيكون العقد ثابتا بالإجماع ، وإن كان المراد به العقد فالوطء

(قال المصنف : لقوله تعالى ـ ولاتنكحوا مانكح آباؤكم ـ) أقول : قال الزيلعى : يتناول منكوحة الأب وطأ وعقدا صحيحا ، وكذلك لفظ الآباء يتناول الآباء والأجداد وإن كان فيه جمع بين الحقيقة والمجاز لأنه نفى ، وفى النفى يجوز الجمع بينهما كما يجوز فى المشترك أن يعم جميع معانيه فى النفى اهـ . وسيجىء فى وصايا الهداية جواز الجمع بين معانى المشترك فى النفى (قوله وإما بالإجماع) أقول : فيه أن كون دلالة قوله تعالى على الجد بالإجماع لامعنى له (قوله وأما المراد بالنكاح) أقول : يعنى فى قوله تعالى ـ مانكح ـ .

وذكر الأصلاب لإسقاط اعتبار التبنى لا لإحلال حليلة الابن من الرضاعة (ولا بأمه من الرضاعة ولا بأخته من الرضاعة) لقوله تعالى ـ وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ـ ولقوله عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » (ولا يجمع بين أختين نكاحا ولا بملك يمين وطأ) لقوله تعالى ـ وأن تجمعوا بين الأختين ـ ولقوله عليه الصلاة والسلام « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعنّ ماءه فى رحم أختين »

وقد قام الدليل على حرمة المزنى بها للابن على الأب ، وهو ماسنذكره فى موضعه فيجب اعتباره فى أعم من الحل والحل ، ثم يراد من الأبناء الفروع فتحرم حليلة الابن السافل على الجد الأعلى من النسب ، وكما تحرم حليلة الابن من النسب تحرم حليلة الابن من الرضاع . وذكر الأصلاب فى الآية لإسقاط حليلة المتبنى . وذكر بعضهم فيه خلافا للشافعى ، والمنقول عنهم أن ذكر الأصلاب لإحلال حليلة المتبنى لا لإحلال حليلة الابن من الرضاع كمذهبنا فلا خلاف(قوله ولا بأمه من الرضاعة) وكل من ذكرنا أنه يحرم من أوّل الفصل إلى هنا يحرم من الرضاع ، حتى لوأرضعت امرأة صبيا حرم عليه زوجة زوج الظئر الذى نزل لبنها منه لأنها امرأة أبيه من الرضاعة ، ويحرم على زوج الظئر امرأة هذا الصبى لأنها امرأة ابنه من الرضاعة ، وسنستوفى ذلك إن شاء الله تعالى فى كتاب الرضاع (قوله ولا يجمع بين أختين نكاحا) أى عقدا (ولا بملك يمين وطأ) وهذان تمييزان لنسبة إضافية ، والأصل بين نكاح أختين ووطئهما مملوكتين ، ولا فرق بين كونهما أختين من النسب أو الرضاعة حتى قلنا لو كان له زوجتان رضيعتان أرضعتهما أجنبية فسد نكاحهما . وعند الشافعى يفسد نكاح الثانية فقط ، واستدل بقوله تعالى ـ وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف ـ بناء على أن التحريم المذكور أول الآية أضيف بواسطة العطف إلى الجمع وهو أعم من كونه عقدا أو وطأ . وعن عثمان رضى الله عنه إباحة وطء المملوكتين قال : لأنهما أحلتهما آية وحرمتهما آية أخرى وهما هذه وقوله تعالى ـ وما ملكت أيمانكم ـ فرجح الحل . قيل الظاهر أن عثمان رضى الله عنه رجع إلى قول الجمهور ، وإن لم يرجع فالإجماع اللاحق يرفع الخلاف السابق وإنما يتم إذا لم يعتدّ بخلاف أهل

ثابت بطريق الأولى . وتحرم امرأة الابن نسبا ورضاعا وبنى أولاده لقوله تعالى ـ وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم ـ فحليلة الابن وهى زوجته حرام على الأب سواء دخل بها الابن أو لم يدخل لإطلاق النص على الدخول ، وأما حليلة ابن الابن فباعتبار أن المراد بالابن هو الفرع فكأنه قال : وحلائل فروعكم . وذلك يتناول حليلة ابن الابن وابن البنت بعمومه أو بالإجماع . فإن قيل : قوله تعالى ـ من أصلابكم ـ يأبى ذلك . أجاب بأن (ذكر الأصلاب لإسقاط اعتبار التبنى لا لإحلال حليلة الابن من الرضاعة) والدليل على ذلك أن التبنى انتسخ بقوله تعالى ـ ادعوهم لآبائهم ـ وقصته أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تبنى زيد بن حارثة ثم تزوج زينب بعد ماطلقها زيد ، فطعن المشركون وقالوا : إنه تزوّج حليلة ابنه ، فنسخ الله التبنى بقوله ـ ادعوهم لآبائهم ـ ودفع طعن المشركين بهذا التقييد فبقيت حليلة الابن من الرضاع داخلة تحت قوله صلى الله عليه وسلم « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » وهذا مايتعلق من التحريم بالمصاهرة . وتحرم أم الرجل من الرضاعة وأخته منها لقوله تعالى

(قال المصنف : وذكر الأصلاب لإسقاط اعتبار التبنى) أقول : ويجوز أن يكون للتأكيد كقوله تعالى ـ ولا طائر يطير بجناحيه ـ (قوله فبقيت حليلة الابن من الرضاع داخلة تحت قوله صلى الله عليه وسلم « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ») أقول : فيه أن الحديث إن لم يكن مشهورا لايزاد به على الكتاب على ماتقرر فى الأصول ، وإن كان مشهورا يجوز نسخ الكتاب به فما الحاجة إلى جعل ـ من أصلابكم ـ احترازا عن التبنى (قال المصنف : ولا بملك يمين وطأ) أقول : متعلق بوطأ المقدر بقرينة المذكور.

(فإن تزوج أخت أمة له قد وطئها صح النكاح) لصدوره من أهله مضافا إلى محله **(و)** إذا جاز **(لا يطأ الأمة**

الظاهر . وبتقدير عدمه فالمرجح التحريم عند المعارضة . والحديث الذى ذكره وهو قوله صلى الله عليه وسلم « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر » الخ غريب . وفى الباب أحاديث كثيرة : منها ما فى الصحيحين عن أم حبيبة قالت : « يارسول الله انكح أختى » الحديث ، إلى أن قال « إنها لاتحل لى » وحديث أبى داود عن الترمذى عن أبى وهب الجيشانى أنه سمع الضحاك بن فيروز يحدث عن أبيه فيروز الديلى قال « قلت : يارسول الله إنى أسلمت وتحتى أختان ، قال : طلق أيهما شئت » قال الترمذى : حسن غريب ، وصححه البيهقى وابن حبان ، ولفظ أبى داود « اختر أيهما شئت » (قوله فإن تزوج أخت أمة له قد وطئها صح النكاح) خلافا لبعض المالكية . وجه قولهم إن المنكوحة موطوءة حكما باعترافكم فيصير بالنكاح جامعا وطأ حكما وهو باطل باعترافكم لأنكم عللتم عدم جواز وطء الأمة وإن لم يكن وطئ المنكوحة بلزوم الجمع وطأ حكما ، وقد قلتم إن حكم وطء الأمة السابق قائم حتى استحب له لو أراد بيعها أن يستبرئها ، وما قيل حالة صدور العقد لايكون جامعا وطأ بل بعد تمامه ، فإن ذلك حكمه فيتعقبه ليس بدافع ، فإن صدوره من أهله مضافا إلى محله وإن كان ليس جمعا فى نفسه لكنه يستلزمه حيث كان هو حكمه ، وهو لازم باطل شرعا وملزوم الباطل باطل فالعقد باطل ، وقد يوجد فى صفحات كلامهم مواضع عللوا المنع فيها بمثله . وقد يجاب بأن هذا اللازم بيده إزالته فليس لازما على وجه اللزوم فلا يضر بالصحة ويمنع من الوطء بعدها لقيامه إذ ذاك (قوله ولا يطأ الأمة) الحاصل أنه لايطأ واحدة منهما بعد العقد حتى يحرم الأمة على نفسه بسبب كبيع الكل أو البعض والهبة مع التسليم والإعتاق أو بالكتابة والتزويج . وعن أبى يوسف : لاتحل المنكوحة بالكتابة . وعنه : لو ملك فرجها غيره لاتحل المنكوحة حتى تحيض المملوكة حيضة بعد وطئها لاحتمال كونها حاملا منه ، فعلى هذا لو حاضت بعد الوطء قبل التمليك حلت المنكوحة بمجرد التمليك . وجه الظاهر ثبوت الحرمة بالكتابة وهو المقصود ، ومن هنا قال الشافعى ومالك وأحمد : تحل المنكوحة قبل تحريم الموقوفة

ـ وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ـ ولقوله عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » هذا مايتعلق بالرضاع . ويحرم أن يجمع الرجل بين الأختين بنكاح أو بملك يمين وطأ لقوله تعالى ـ وأن تجمعوا بين الأختين ـ على الإطلاق ، وسرى حكمهما إلى كل امرأتين لو فرضت إحداهما ذكرا حرمت الأخرى عليه بعلة قطيعة الرحم سواء كان فى النسب أو الرضاع . ومن له أمة فتزوج أختها جاز ، سواء كان وطئ الأمة أو لم يطأها لأنه صدر من أهله وهو واضح (مضافا إلى محله) لأن الأخت المملوكة ووطؤها من باب الاستخدام ، وهو لايمنع نكاح الأخت ، ثم إن كان وطئ الأمة لايطؤها بعد ذلك وإن لم يطأ المنكوحة بعد لأن المنكوحة موطوءة حكما فوطء الأمة يكون جمعا بين الأختين بوطء أحدهما حقيقة والأخرى حكما . واعترض عليه بأن النكاح لو كان قائما مقام الوطء حتى تصير المنكوحة موطوءة حكما وجب أن لايجوز هذا النكاح كى لا يصير جامعا بين الأختين وطأ كما قال به مالك . وأجيب بأن نفس النكاح ليس بوطء حتى يصير به جامعا بينهما ، وإنما

(قال المصنف : فإن تزوج أخت أمة له قد وطئها صح النكاح) أقول : وأنت خبير أن الظاهر كان أن يجب عليه تحريم الأمة الموطوءة على نفسه بسبب من الأسباب عقيب نكاح أختها كى لايلزم الجمع بينهما فليتأمل فإنه يجاب عنه بأنهما وطئان حكميان لامعتبر بهما (قوله من باب الاستخدام) أقول : لا الاستفراش (قوله كما قال به مالك رحمه الله) أقول : فيه أن ذلك مذهب بعض المالكية .

وإن كان لم يطإ المنكوحة) لأن المنكوحة موطوءة حكما ، ولايطأ المنكوحة للجمع إلا إذا حرم الموطوءة على نفسه لسبب من الأسباب فحينئذ يطأ المنكوحة لعدم الجمع ، ويطأ المنكوحة إن لم يكن وطئ المملوكة لعدم الجمع وطأ إذ الموقوفة ليست موطوءة حكما (فإن تزوّج أختين فى عقدتين ولا يدرى أيتهما أولى فرق بينه وبينهما) لأن نكاح إحداهما باطل بيقين ،

بسبب لأن حرمة وطئها قد ثبتت بمجرد العقد فلا حاجة إلى اشتراط التحريم بسبب آخر . وأجيبوا بأن حكم وطء المرقوقة قائم ، حتى لو أراد بيعها استحبّ له استبراؤها ، فبالوطء يكون جامعا وطأ حكما وإطلاق الآية يمنعه ، هذا كلامهم وهو مصرح بما وعدناه آنفا . وهذا إذا كان النكاح صحيحا ، بخلاف الفاسد إلا إذا دخل بالمنكوحة فيه فحينئذ تحرم الموطوءة لوجود الجمع حقيقة لأنه وطء معتبر تترتب الأحكام عليه (قوله لأن المرقوقة ليست موطوءة حكما) لأن ملك اليمين لم يوضع للوطء بخلاف النكاح . ولهذا لايثبت نسب ولدها إلا بدعوة .

[فرع] لو اشترى أختين ليس له وطؤهما . فإن وطئ إحداهما أو لمسها بشهوة لم يحل له وطء الأخرى حتى يحرّم الموطوءة بسبب ، ولووطئها أثم ثم لايحل له وطء واحدة منهما حتى يحرم الأخرى بسبب . ولو باع إحداهما أو وهبها أو زوّجها ثم ردت إليه المبيعة أو رجع فى الهبة أو طلقت المنكوحة وانقضت عدتها لم يحل وطء واحدة منهما حتى يحرّم الأخرى بسبب كما كان أوّلا (قوله فإن تزوّج أختين فى عقدتين ولا يدرى أيتهما الأولى فرّق بينه وبينهما) هذا تفريع على حرمة الجمع ، وقيد بعقدتين إذ لو كانا فى عقدة واحدة بطلا يقينا وبعدم علم الأولية ، إذ لو علم صح النكاح الأول وبطل الثانى ؛ وله وطء الأولى إلا أن يطأ الثانية فتحرم الأولى إلى انقضاء عدة الثانية ، كما لو وطئ أخت امرأته بشبهة حيث تحرم امرأته مالم تنقض عدة ذات الشبهة . وفى الدراية عن الكامل : لو زنى بإحدى الأختين لايقرب الأخرى حتى تحيض الأخرى حيضة وهذا مشكل ، والله سبحانه أعلم .

يصير وطأ بعد ثبوت حكمه وهو حل الوطء فلا يكون وطء الأمة مانعا عن النكاح (ولا يطأ المنكوحة) أيضا (للجمع) بينهما (إلا إذا حرّم الموطوءة على نفسه بسبب من الأسباب) كالبيع والتزويج ، لأن ذلك الوطء قائم حكما ، حتى لو أراد أن يبيع يستحب له الاستبراء فيصير جامعا بينهما وطأ حقيقة ، وبالتحريم على نفسه يبطل حكم ذلك الوطء لزوال معنى اشتغال رحمها بمائه حقيقة وحكما ، ألا ترى أنه يحل لزوجها أن يغشاها فيحل له أن يطأ المنكوحة حينئذ لعدم الجمع ، وإن لم يكن وطئ المملوكة جازله أن يطأ المنكوحة لعدم الجمع وطأ إذ المرقوقة ليست موطوءة حكما . قوله (فإن تزوّج أختين فى عقدتين ولايدرى أيتهما أولى فرّق بينه وبينهما) قيد بعقدتين ، لأنه لوتزوّجهما بعقد واحد كان النكاح باطلا للجمع بين الأختين فلا يستحقان شيئا من المهر ، وقيد بقوله ولا يدرى أيتهما أولى لأنه لو علم بذلك بطل نكاح الثانية . وقوله (لأن نكاح إحداهما باطل بيقين)

(قوله فيصير جامعا بينهما وطأ حقيقة) أقول : فيه شىء (قوله وبالتحريم على نفسه يبطل حكم ذلك الوطء) أقول : فيه بحث ، فإنه كان ينبغى أن يجب تحريم الموطوءة على نفسه عقيب النكاح بسبب من الأسباب كى لايلزم الجمع فليتأمل فإنهما وطئان حكميان فى الحقيقة ولا يمنع الجمع فيهما (قوله لزوال معنى اشتغال رحمها بمائه حقيقة وحكما) أقول : فإن قيل : لو صح ماذكرتم لم يجب الاستبراء على البائع . قلنا ذلك ليس للاشتغال بل الحديث على مافصله صدر الشريعة فى آخر باب الكراهية .

ولا وجه إلى التعيين لعدم الأولوية ولا إلى التنفيذ مع التجهيل لعدم الفائدة أو للضرر فتعين التفريق (ولهما نصف المهر) لأنه وجب للأولى منهما ، وانعدمت الأولوية للجهل بالأولية فيصرف إليهما ، وقيل لابد من دعوى كل واحدة منهما أنها الأولى أو الاصطلاح لجهالة المستحقة

(قوله ولاوجه إلى التعيين لعدم الأولوية)طولب بالفرق بين هذا وبين ما إذا طلق إحدى نسائه بعينها ونسيها حيث يؤمر بالتعيين ولا يفارق الكل . وأجيب بإمكانه هناك لاهنا لأن نكاحهن كان متيقن الثبوت ، فله أن يدعى نكاح من شاء معينة منهن تمسكا بما كان متيقنا ولم يثبت هنا نكاح واحدة منهما بعينها ، فدعواه حينئذ تمسك بما لم يتحقق ثبوته (قوله ولا إلى التنفيذ مع التجهيل) أى تنفيذ نكاحهما مع جهل المحللة منهما لأنه تنفيذ الجمع بين الأختين أوتنفيذ نكاح إحداهما مع تجهيله بأن ينفذ الأحد الدائر بينهما (لعدم الفائدة) وهو حل الاستمتاع إذ لايقع إلا فى معينة ولا حل فى المعينة (أو للضرر) عليه بإلزامه النفقة وسائر المواجب مع عدم حصول المقصود وعليها بصير ورتها معلقة لا ذات بعل فى حق الوطء ولا مطلقة ولتضرر الأولى لو وقع تعيينه لغيرها وهى الصحيحة والثانية لوقوعها فى الوطء الحرام ، وفى هذا نظر إذ لاضرر عليها فى الدنيا وهو ظاهر ، ولا فى الآخرة لعدم قصد التجانف لإثم ، ولو قال وللضرر بالواو كان أولى لأن كلا منهما لازم للتنفيذ مع التجهيل (فتعين التفريق) والظاهر أنه طلاق حتى ينقص من طلاق كل منهما طلقة لو تزوجها بعد ذلك ، فإن وقع قبل الدخول فله أن يتزوج أيتهما شاء للحال أو بعده بهما فليس له بأى واحدة منهما شاء حتى تنقضى عدتهما . وإن انقضت عدة إحداهما دون الأخرى فله تزوج التى لم تنقض عدتها دون الأخرى كى لايصير جامعا ، وإن بعده بإحداهما فله أن يتزوجها فى الحال دون الأخرى فإن عدتها تمنع من تزوج أختها (قوله ولهما نصف المهر) المسمى لهما بناء على أن التفريق قبل الدخول مع تساوى مهريهما جنسا وقدرا سواء برهنت كل واحدة منهما على أنها سابقة أو ادعته فقط ، أما لو قالتا لاندرى السابقة منا لم يقض بشىء فلو كان التفريق بعد الدخول وجب لكل منهما مهرها كاملا . وفى النكاح الفاسد يقضى بمهر كامل وعقر كامل ، ويجب حمله على ما إذا اتحد المسمى لهما قدرا وجنسا ، أما إذا اختلفا فيه فيتعذر إيجاب عقر إذ ليست إحداهما أولى بجعلها ذات العقر من الأخرى لأنه فرع الحكم بأنها

يعنى من كانت أخرى فى الواقع (ولا وجه إلى التعيين لعدم الأولوية ولا إلى التنفيذ) يعنى إلى تصحيحه فى إحداهما بغير عينها (لعدم الفائدة) وهى حل القربان للزوج لأنه لايثبت مع الجهالة (أو للضرر) يعنى فى حقهما لأن كلا منهما تبقى معلقة لاذات بعل ولا مطلقة (فتعين التفريق)وطولب بالفرق بين هذه وبين ما إذا كان لرجل أربع نسوة فطلق واحدة منهن بعينها ثم نسيها فإنه يؤمر بالبيان ولا يفرق . وأجيب بأن الفارق تمكن الزوج ثمة من دعوى ثلاث منهن بأعيانها ، لأن نكاح كل واحدة منهن كان ثابتا بيقين ، وليس فيما نحن فيه شىء من نكاحهما كذلك فلا يتمكن من دعوى النكاح فى إحداهما تمسكا باليقين فيفرق بينهما . وقوله (ولهما نصف المهر) يعنى بينهما نصفان (لأنه وجب للأولى منهما) أما أنه وجب فلأن الفرقة وقعت بسبب مضاف إلى الزوج وهو التجهيل وذلك يوجب المهر ألبتة ، وأما أنه للأولى فلأن نكاحها صحيح دون الأخرى ، وتقرير كلامه المهر للأولى منهما لما قلنا وليست إحداهما لكونها أولى أولى (للجهل بالأولوية) وفى بعض النسخ بالأولية (فيصرف إليهما) وقوله (وقيل لابد من دعوى كل واحدة منهما) قال الفقيه أبو جعفر : لابد أن تدعى كل واحدة منهما أنها هى الأولى ، وأما إذا قالت لاندرى أى النكاحين كان أولا لايقضى لهما بشىء حتى يصطلحا ، لأن الحق

(ولا يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها) لقوله عليه الصلاة والسلام « لاتنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولاعلى ابنة أختها » وهذا مشهور ،

الموطوءة فى النكاح الفاسد ، هذا مع أن الفاسد ليس حكم الوطء فيه إذا سمى فيه العقر بل الأقل من المسمى ومهر المثل ، ولو اختلفا جنسا أو قدرا قضى لكل واحدة بربع مهرها ، وإن لم يكن فى العقد تسمية تجب متعة واحدة لهما بدل نصف المهر . وكل هذه الأحكام المذكورة بين الأختين ثابتة بين كل من لايجوز جمعه من المحارم ، والتقييد المذكور بقوله وقيل لابد من دعوى كل واحدة منهما : أى دعواها أنها الأولى أو يصطلحان بأن يقولا نصف المهر لنا عليه لايعدونا فنصطلح على أخذه ، وما ذكره المشايخ يندفع به قول أبى يوسف إنه لاشىء لهما لجهالة المقضىّ لها ، فهو كما لو قال لأحد هذين عندى ألف لايقضى بشىء لجهالة المقضى له . وعن محمد أن عليه مهرا كاملا بينهما نصفان ، لأن الزوج أقر بجواز نكاح إحداهما فيجب مهر كامل . وجوابه إنه يستلزم إيجاب القضاء بما تحقق عدم لزومه . فإن إيجاب كماله حكم الموت أو الدخول (قوله ولايجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها) تكرار لغير داع إلا أن يكون للمبالغة فى نفى الجمع ، بخلاف ما فى الحديث من قوله صلى الله عليه وسلم « لاتنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها » رواه مسلم وأبو داود والترمذى والنسائى ، فإنه لايستلزم منع نكاح المرأة على عمتها أو خالتها منع القلب لجواز تخصيص العمة والخالة بمنع نكاح ابنة الأخ والأخت عليهما دون إدخالهما على الابنة لزيادة تكرمتهما على الابنة ، قال صلى الله عليه وسلم « الخالة بمنزلة الأم » فى الصحيحين . ويؤنسه حرمة نكاح الأمة على الحرة مع جواز القلب فكان التكرار لدفع توهم ذلك ، بخلاف المذكور فى الكتاب فإنه لم يذكره إلا بلفظ الجمع فلا يجرى فيه ذلك التوهم وهذا ظاهر ، وغير هذا الحديث الذى ورد بلفظ الجمع لم يزد فيه على قول : «لايجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها » . انتهى فى الصحيحين (قوله وهذا مشهور) أعنى الحديث المذكور ثابت فى صحيحى مسلم وابن حبان ، ورواه أبو داود والترمذى والنسائى ، وتلقاه الصدر الأول بالقبول من الصحابة والتابعين ، ورواه الجم الغفير منهم

للمجهولة فلا بد من الدعوى أو الاصطلاح ليقضى لهما : وصورة هذا الاصطلاح أن يقولا عند القاضى : لنا عليه المهر وهذا الحق لايعدونا فنصطلح على أخذ نصف المهر فيقضى القاضى . قال(ولا يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها أوابنة أخيها أو ابنة أختها لقوله عليه الصلاة والسلام « لاتنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها) رواه ابن عباس وجابر ، كذا فى النهاية : وذكر الترمذى فى جامعه أنه رواه علىّ وأبو هريرة وابن عمر وأبو سعيد وعبد الله بن عمرو وأبو أمامة وجابر وعائشة وأبوموسى الأشعرى وسمرة بن جندب (وهومشهور) تلقته الأمة بالقبول والعمل . فإن قيل : فما فائدة التكرار لحكم واحد بصفتين مختلفتين فى موضعين ، فإن المراد من قوله لاتنكح المرأة على عمتها هو أن لايجمع بينهما فى النكاح ، ثم الجمع بين المرأة

(قال المصنف : ولايجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها) أقول : تكرار لغير داع ، إلا أن يكون للمبالغة فى نفى الجمع ، بخلاف مافى الحديث فإنه لايستلزم منع نكاح المرأة على عمتها أو خالتها منع القلب لجواز تخصيص العمة والخالة بمنع نكاح ابنة الأخ والأخت عليها دون إدخالها على الابنة لزيادة تكرمتهما على الابنة . قال صلى الله عليه وسلم : « الخالة بمنزلة الأم» ويؤنسه حرمة نكاح الأمة على الحرة مع جواز القلب فكان التكرار لدفع توهم ذلك ، بخلاف المذكور فى الكتاب فإنه لم يذكره إلا بلفظ الجمع فلا يجرى فيه

يجوز الزيادة على الكتاب بمثله (ولا يجمع بين امرأتين لو كانت إحداهما رجلا لم يجز له أن يتزوّج بالأخرى) لأن

أبو هريرة وجابر وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وأبو سعيد الخدرى رضى الله عنهم (فتجوز الزيادة به على الكتاب) يعنى بالزيادة هنا تخصيص عموم قوله تعالى - وأحل لكم ما وراء ذلكم - لاالزيادة المصطلحة من تقييد المطلق مع أن العموم المذكور مخصوص بالمشركة والمجوسية وبناته من الرضاعة ، فلوكان من أخبار الآحاد جاز التخصيص به أيضا غير متوقف على كونه مشهورا ، والظاهر أنه لابد من ادعاء الشهرة لأن الحديث موقعه النسخ لا التخصيص ، لأن قوله تعالى - ولا تنكحوا المشركات - ناسخ لعموم قوله تعالى - وأحل لكم ماوراء ذلكم - إذ لو تقدم لزم نسخه بالآية فلزم حل المشركات وهو منتف أو تكرار النسخ وحاصله خلاف الأصل . بيان الملازمة أن يكون السابق حرمة المشركات ثم ينسخ بالعام وهو - وأحل لكم ماوراء ذلكم - ثم يجب تقدير ناسخ آخر لأن الثابت الآن الحرمة (قوله ولا يجمع بين امرأتين لو كانت كل واحدة منهما ذكرا لم يجز له أن يتزوّج بالأخرى) ثنى بعد ذكر ذلك الفرع بأصل كلى يتخرج عليه هو وغيره كحرمة الجمع بين عمتين وخالتين ، وذلك أن يتزوّج كل من رجلين أم الآخر فيولد لكل منهما بنت فيكون كل من البنتين عمة للأخرى ، أويتزوج كل من رجلين بنت الآخر ويولد لهما بنتان فكل من البنتين خالة للأخرى فيمتنع الجمع بينهما . والدليل على اعتبار الأصل المذكور ماثبت فى الحديث برواية الطبرانى وهو قوله « فإنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » وروى أبو داود فى مراسيله عن عيسى بن طلحة قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تنكح المرأة على قريبتها مخافة القطيعة »

وعمتها هو عين جمع المرأة بينها وبين بنت أخيها ، وكذلك الجمع بين المرأة وخالتها هو عين الجمع بينها وبين ابنة أختها . أجيب بأن شمس الأئمة السرخسى قال : ذكر هذا النفى من الجانبين ، إما للمبالغة فى بيان التحريم ، أو لإزالة الإشكال لأنه ربما يظن ظان أن نكاح ابنة الأخ على العمة لايجوز ، ونكاح العمة على ابنة الأخ يجوز لتفضيل العمة ، كما لايجوز نكاح الأمة على الحرة ويجوز نكاح الحرة على الأمة ، فبين النبى صلى الله عليه وسلم ثبوت هذه الحرمة من الجانبين لإزالة الإشكال . ولقائل أن يقول : فى عبارة المصنف تسامح لأنه قال : وهذا مشهور (تجوز الزيادة على الكتاب بمثله) وهذه العبارة إنما تستعمل فى تقييد المطلق على مالا يخفى على المحصلين ، وما نحن فيه ليس كذلك لأن قوله تعالى - وأحل لكم ماوراء ذلكم - عام ، وهذا الحديث يخصصه . سلمنا جواز الاصطلاح على تخصيص العام بالزيادة ، لكن شرط التخصيص المقارنة عندنا أولا وليست بمعلومة . ويمكن أن يجاب عنه بأن الزيادة على الكتاب نسخ أخص فيجوز ذكره وإرادة مطلق النسخ لأن ذكر الأخص وإرادة الأعم مجاز شائع فيكون معناه يجوز نسخ الكتاب به ، ولا نزاع فى ذلك لاسيما أنه تطرق إليها الاحتمال بالنسخ مرة فإن قوله تعالى - ولاتنكحوا المشركات - نسخ عموم قوله تعالى - وأحل لكم ماوراء ذلكم - بتقديره متأخرا لئلا يتكرر النسخ ، فجاز أن ينسخ بخبر مشهور ما تناوله مما ذكرناه ، ولا بأس بمطالعة ما فى النهاية فى هذا الموضع من كلام المهرة الحذاق المتقنين إن كانت القواعد الأصولية على ذكر منك . وقوله (ولا يجمع بين امرأتين لو كانت إحداهما رجلا لم يجز له أن يتزوّج بالأخرى) ظاهر ، وهو حكم ثابت بدلالة الحديث الذى كان بحثنا فيه لأن الجمع بين

ذلك التوهم ، وهذا ظاهر (قوله سلمنا جواز الاصطلاح الخ) أقول : فيه بحث ، فإن الإيراد الثانى لايرد على المصنف بل على المورد نفسه حيث سلم أنه تخصيص (قوله لئلا يتكرر النسخ) أقول : حتى لايلزم حل المشركات المعلوم الانتفاء .

الجمع بينهما يفضى إلى القطيعة والقرابة المحرّمة للنكاح محرّمة للقطع ،ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع يحرم لما روينا من قبل (ولا بأس بأن يجمع بين امرأة وبنت زوج كان لها من قبل) لأنه لاقرابة بينهما ولا رضاع . وقال زفر : لايجوز لأن ابنة الزوج لو قدرتها ذكرا لايجوز له التزوج بامرأة أبيه.قلنا :امرأة الأب لو صوّرتها ذكرا جاز له التزوّج بهذه والشرط أن يصوّر ذلك من كل جانب .

فأوجب تعدى الحكم المذكور وهو حرمة الجمع إلى كل قرابة يفرض وصلها وهو ماتضمنه الأصل المذكور ، وبه تثبت الحجة على الروافض والخوارج وعثمان البتى على مانقل عنه وداود الظاهرى فى إباحة الجمع بين غير الأختين ، وقد روى فى خصوص العمتين والخالتين حديث عن خصيف عن عكرمة ؛ عن ابن عباس رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (أنه كره أن يجمع بين العمة والخالة وبين العمتين والخالتين » وإن تكلم فى خصيف فالوجه قائم بغيره وهذا مؤيد (قوله والقرابة المحرّمة للنكاح) أى بمقتضى آية المحرّمات (محرّمة للقطع) على اسم الفاعل فيهما وفى الجمع القطع فلا يحل . وفى بعض النسخ محرمة للقطع على اسم المفعول فى الثانى أى إنما حرمت للقطع فإنه عادة يقع التشاجر بين الزوجتين فيفضى إلى القطيعة فلذلك حرمت تلك القرابات المنصوص عليهن فى الآية أعنى ـ حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم ـ إلى آخرها على الرجل ،وإن كان فى بعضها غير ذلك أيضا كمنافاة الاحترام الواجب للأمهات والعمات والخالات بالافتراش فيمكن إدراجه فى القطيعة ، ولا شك أن الجمع أفضى إليه لأكثرية المضارة بين الضرائر فكانت حرمة الجمع أولى من حرمة الأقارب (قوله ولو كانت المحرمية بينهما) أى بين المرأتين (بسبب الرضاع لايحل الجمع لما روينا من قبل) وهو قوله صلى الله عليه وسلم « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » فلا يجوز أن يجمع بين أختين من الرضاع ، أوامرأة وابنة أخ لها من الرضاع لأنها عمتها ، أو امرأة وابنة أختها من الرضاع لأنها خالتها من الرضاع (قوله لأنه لاقرابة بينهما ولا رضاع) يعنى أن الموجب لاعتبار ذلك الأصل وهو حرمة الجمع بين امرأتين لو كانت كل منهما ذكرا حرمت عليه الأخرى هو قيام القرابة المفترض وصلها أو الرضاع المفترض وصل متعلقه واحترامه .حتى لايجوز أن يجمع بين أختين من الرضاع أوعمة أو خالة وابنة أخ أو أخت من الرضاع . وكذا كل محرمية بسبب الرضاع ، وكلاهما منتف فى الربيبة وزوجة الأب فكان تحريم الجمع بينهما قولا لابدليل . وهذه أعنى مسئلة الجمع بين الربيبة وزوجة أبيها مما اتفق عليه الأئمة الأربعة ، وقد جمع عبد الله بن جعفر بين زوجة علىّ وبنته ولم ينكر عليه أحد من أهل زمانه وهم الصحابة والتابعون ، وهو دليل ظاهر على الجواز ، أخرجه الدارقطنى عن قثم مولى ابن عباس قال : تزوج عبد الله بن جعفر بنت علىّ وامرأة على ، وذكره البخارى تعليقا. قال : وجمع عبد الله بن جعفر بين ابنة على وامرأة على وتعليقاته صحيحة . قال ابن سيرين : وكرهه الحسن مرة . ثم قال : لابأس به . وقدمنا قريبا أنه لا بأس أن يتزوج الرجل امرأة ويتزوّج

المرأة وعمتها محرّم لإفضائه إلى قطيعة الرحم المحرم القطع وهو موجود فيما نحن فيه ، ولا عليك أن تجعله ثابتا بدلالة قوله تعالى ـ وأن تجمعوا بين الأختين ـ كما قدمته وهو أولى . وقوله (ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع) ظاهر . وقوله (لما روينا) إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع » الحديث. وقوله (ولا بأس بأن يين يجمع بين امرأة)ظاهر ، ونسب فى المبسوط قول زفر هذا إلى ابن أبى ليلى . وقوله (والشرط أن يصوّر ذلك من كل جانب) يعنى كما كان فى الأختين كذلك لأن ذلك هو المنصوص عليه وما نحن فيه فرع عليه فيجب أن يكون الفرع على وفاق الأصل . وقد صح أن عبد الله بن جعفر جمع بين امرأة علىّ وبنته ، وهذا مايتعلق بالتحريم

قال (ومن زنى بامرأة حرمت عليه أمها وبنتها) وقال الشافعى : الزنا لايوجب حرمة المصاهرة لأنها نعمة فلا تنال بالمحظور .

ابنه أمها أو بنتها لأنه لامانع . وقد تزوّج محمد بن الحنفية امرأة وزوّج ابنه بنتها (قوله ومن زنى بامرأة حرمت عليه أمها) أى وإن علت ، فتدخل الجدات بناء على ماقدمه من أن الأم هى الأصل لغة (وابنتها) وإن سفلت . وكذا تحرم المزنى بها على آباء الزانى وأجداده وإن علوا وأبنائه وإن سفلوا هذا إذا لم يفضها الزانى ، فإن أفضاها لاتثبت هذه الحرمات لعدم تيقن كونه فى الفرج إلا إذا حبلت وعلم كونه منه . وعن أبى يوسف قال : أكره له الأم والبنت . وقال محمد : التنزّه أحب إلىّ ولكن لا أفرّق بينه وبين أمها . وقد يقال : إذا كان المس بشهوة تنتشر بها الآلة محرّما يجب القول بالتحريم إذا أفضاها إن لم ينزل ، وإن أنزل فعلى الخلاف الآتى ، وإن انتشر معه أو زاد انتشاره كما فى غيره . والجواب أن العلة هو الوطء السبب للولد وثبوت الحرمة بالمس ليس إلا لكونه سببا لهذا الوطء ، ولم يتحقق فى صورة الإفضاء ذلك إذا لم يتحقق كونه فى القبل ، ولا بد من كونها مشتهاة حالا أو ماضيا وعن أبى يوسف : إذا وطئ صغيرة لاتشتهى تثبت الحرمة قياسا على العجوز الشوهاء . ولهما أن العلة وطء سبب للولد وهو منتف فى الصغيرة التى لاتشتهى ، بخلاف الكبيرة لجواز وقوعه كإبراهيم وزكريا عليهما السلام . وله أن يقول الإمكان العقلى ثابت فيهما والعادىّ منتف عنهما فتساويا . والقصتان على خلاف العادة لاتوجبان الثبوت العادى ولا تخرجان العادة عن النفى . ولا يتعلق بالوطء فى الدبر حرمة خلافا لما عن الأوزاعى وأحمد . ووجهه ماتضمنه الجواب المذكور . وبقولنا قال مالك فى رواية وأحمد خلافا للشافعى ومالك فى أخرى ، وقولنا قول عمر وابن مسعود وابن عباس فى الأصح وعمران بن الحصين وجابر وأبىّ وعائشة وجمهور التابعين كالبصرى والشعبى والنخعى والأوزاعى وطاوس وعطاء ومجاهد وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وحماد والثورى وإسحاق بن راهويه . ولو ولدت منه بنتا بأن زنى ببكر وأمسكها حتى ولدت بنتا حرمت عليه هذه البنت لأنها بنته حقيقة وإن لم ترثه ولم تجب نفقتها عليه ولم تصر أمهاتها أمهات أولاد لقوله صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش » فإن المراد به الولد الذى يترتب عليه أحكام الشرع إلا أن حكم الحرمة عارضه فيه قوله تعالى - حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم - والمخلوقة من مائه بنته حقيقة لغة ، ولم يثبت نقل فى اسم البنت والولد شرعا ، والاتفاق على حرمة الابن من الزنا على أمه ، فعلمنا أن حكم الحرمة مما اعتبر فيه جهة الحقيقة ، ثم هو الجارى على المعهود من الاحتياط فى أمر الخروج ، وبحرمة البنت من الزنا قال مالك فى المشهور وأحمد خلافا للشافعى ، وعلى هذا الخلاف أخته من الزنا وبنت أخيه وبنت أخته أو ابنه منه بأن زنى أبوه أو أخوه أو أخته أو ابنه فأولدوا بنتا فإنها تحرم على الأخ والعم

بسبب الجمع . قال (ومن زنى بامرأة حرمت عليه أمها وابنتها) لما فرغ من بيان الحرمة بسبب الجمع أراد أن يبين أن الزنا يوجب حرمة المصاهرة أوّلا وذكر الخلاف (وقال الشافعى : الزنا لايوجب حرمة المصاهرة لأنها نعمة) فإنها تلحق الأجنبيات بالمحارم ، وكل ماهو نعمة لاينال بالمحظور لانتفاء المناسبة الواجبة بين الحكم وسببه (ولنا أن

(قوله أراد أن يبين أن الزنا يوجب حرمة المصاهرة) أقول : فكان الأنسب تقديمه على مسائل الجمع ولعل تأخيره لكونه مكان الاختلاف

ولنا أن الوطء سبب الجزئية بواسطة الولد حتى يضاف إلى كل واحد منهما كملا فتصير أصولها وفروعها كأصوله وفروعه وكذلك على العكس ،

والخال والجد . ووجه قوله ظاهر من الكتاب(قوله ولنا أن الوطء سبب الجزئية) اعلم أن الدليل يتم بأن يقال هو وطء سبب للولد فيتعلق به التحريم قياسا على الوطء الحلال بناء على إلغاء وصف الحل فى المناط وهو يعتبره فهذا منشأ الافتراق . ونحن نبين إلغاءه شرعا بأن وطء الأمة المشتركة وجارية الابن والمكاتبةو المظاهر منها وأمته المجوسية والحائض والنفساء ووطء المحرم والصائم كله حرام وتثبت به الحرمة المذكورة ، فعلم أن المعتبر فى الأصل هو ذات الوطء من غير نظر لكونه حلالا أوحراما . وما رواه من قوله صلى الله عليه وسلم « لايحرّم الحرام » غير مجرى على ظاهره ، أرأيت لو بال أوصبّ خمرا فى ماء قليل مملوك له لم يكن حراما مع أنه يحرم استعماله فيجب كون المراد أن الحرام لايحرّم باعتبار كونه حراما ، وحينئذ نقول بموجبه إذا لم نقل باثبات الزنا حرمة المصاهرة باعتبار كونه زنا بل باعتبار كونه وطأ ، هذا لو صح الحديث ، لكن حديث ابن عباس مضعف بعثمان بن عبد الرحمن الوقاصى على ما طعن فيه يحيى بن معين بالكذب . وقال البخارى والنسائى وأبو داود : ليس بشىء ، وذكره عبد الحق عن ابن عمر ثم قال : فى إسناده إسحاق بن أبى فروة وهو متروك ، وحديث عائشة ضعف بأنه من كلام بعض قضاة أهل العراق قاله الإمام أحمد ، وقيل من كلام ابن عباس وخالفه كبار الصحابة ، وقد استدل بقوله تعالى ـ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء ـ بناء على أن المراد بالنكاح الوطء ، إما لأنه الحقيقة اللغوية أومجاز يجب الحمل عليه بقرينة قوله تعالى ـ إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا ـ وإنما الفاحشة الوطء لانفس العقد. ويمكن منع هذا بل نفس لفظه الذى وضعه الشارع لاستباحة الفروج إذا ذكر لاستباحة ماحرم الله من منكوحات الآباء : أى المعقود عليهن لهم بعد ماجعله الله قبيحا قبيح ،وقدمنا للمصنف اعتبار الآية دليلا

الوطء سبب الجزئية) وتقريره: الولد جزء من هو من مائه والاستمتاع بالجزء حرام: أما أن الولد جزء من هو منه فلأن سبب الجزئية موجود وهو الوطء فإنه سبب للجزئية بين الوالدين والولد لامحالة ،(وكذا بين الوالدين بسبب الولد (حتى يضاف إلى كل واحد منهما كملا) يقال ابن فلان وابن فلانة(فتصير أصولها وفروعها كأصوله وفروعه) وتصير أصوله وفروعه كأصولها وفروعها . فإن قيل : لو كان كذلك لكانت الحرمة ثابتة فى نفس المرأة الموطوءة لأنها حينئذ جزء الواطئ . أجاب بقوله (والاستمتاع بالجزء حرام إلا فى موضع الضرورة وهى الموطوءة) لأنها لو قيل بحرمتها لم تحل امرأة بعد ماولدت لزوجها وعاد النكاح على موضوعه بالنقض لأنه ماشرع إلا للتوالد ، فلو حرمت بالولادة لكان ماوضع للولادة ينتفى بها فيهما وذلك خلف باطل ، وأما أن الاستمتاع بالجزء حرام فلأن أول الإنسان آدم عليه السلام وقد حرمت عليه بناته فهو الأصل فى حرمة الجزء ، واستثنى موضع الضرورة وهى امرأته.

(قوله وتقريره الولد جزء من هو من مائه والاستمتاع بالجزء حرام) أقول : النتيجة اللازمة من هذا القياس حرمة الاستمتاع بالولد وفروعه ليس إلا والمطلوب يتضمن حرمة أصول كل منهما للآخر أيضا ، والصواب تركيب القياس الاستثنائى بحيث يعم الكل (قال المصنف : ولنا أن الوطء سبب الجزئية بواسطة الولد) أقول : فإن الولد جزء من الأب وهو جزء من الأم أيضا متصل بها مختلط حتى يفصل منها بالمقاريض (قوله وكذا بين الوالدين بسبب الولد) أقول : فيه بحث (قوله فإن قيل لو كان الخ) أقول : محل هذا السؤال كان عقيب بيان الكبرى كما لايخفى (قوله بعد ما ولدت) أقول : بل بعد الوطء ، وهذا أولى فى إثبات المطلوب والعود على موضوعه بالنقض (قوله فهو الأصل فى حرمة الجزء) أقول : أى حديث آدم عليه السلام .

والاستمتاع بالجزء حرام إلا فى موضع الضرورة وهى الموطوءة . والوطء محرم من حيث إنه سبب الولد لا من حيث إنه زنا (ومن مسته امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وابنتها)

على تحريم المعقود عليها للأب . وقد روى أصحابنا أحاديث كثيرة منها « قال رجل : يارسول الله إنى زنيت بامرأة فى الجاهلية أفأنكح ابنتها ؟ قال : لاأرى ذلك ، ولا يصلح أن تنكح امرأة تطلع من ابنتها على ماتطلع عليه منها » وهو مرسل ومنقطع ، وفيه أبوبكر بن عبد الرحمن ابن أم حكيم . ومن طريق ابن وهب عن أبى أيوب عن ابن جريج « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى الذى يتزوج المرأة فيغمز ولا يزيد على ذلك : لايتزوج ابنتها » وهو مرسل ومنقطع ، إلا أن هذا لايقدح عندنا إذا كانت الرجال ثقات . فالحاصل أن المنقولات تكافأت ، وقوله نعمة فلا تنال بالمحظور مغلطة ، فإن النعمة ليست التحريم من حيث هو تحريم لأنه تضييق ، ولذا اتسع الحل لرسول الله صلى الله عليه وسلم من الله سبحانه ، بل من حيث هو يترتب على المصاهرة ، فحقيقة النعمة هى المصاهرة لأنها هى التى تصير الأجنبى قريبا وعضدا وساعدا يهمه ماأهمك ولامصاهرة بالزنا ، فالصهر زوج البنت مثلا لامن زنى ببنت الإنسان فانتفى الصهرية . وفائدتها أيضا إذ الإنسان ينفر عن الزانى ببنته فلا يتعرف به بل يعاديه فأنى ينتفع به ؟ فالمرجع القياس . وقد بينا فيه إلغاء وصف زائد على كونه وطأ . وظهر أن حديث الجزئية وإضافة الولد إلى كل منهما كملا لايحتاج إليه فى تمام الدليل ، إلا أن الشيخ ذكره بيانا لحكمة العلة : يعنى أن الحكمة فى ثبوت الحرمة بهذا الوطء كونه سببا للجزئية بواسطة الولد المضاف إلى كل منهما كملا ، وهو إن انفصل فلا بد من اختلاط ما ، ولا يخفى أن الاختلاط لايحتاج تحققه إلى الولد وإلا لم تثبت الحرمة بوطء غير معلق والواقع خلافه فتضمنت جزءه (والاستمتاع بالجزء حرام) لقوله صلى الله عليه وسلم « ناكح اليد ملعون » (إلا فى موضع الضرورة وهى المنكوحة) وإلا لاستلزم البقاء متزوجا حرجا عظيما تضيق عنه الأموال والنساء ، وإذا تضمنت جزءه صارت أمهاتها كأمهاته وبناتها كبناته فيحرمن عليه كما تحرم أمهاته وبناته حقيقة . أو نقول وهو الأوجه : إن بالانفصال لاتنقطع نسبة الجزئية وهى المدار . وعند عدم العلوق غاية مايلزم كون المظنة خالية عن الحكمة وذلك لايمنع التعليل كالملك المرفه (قوله ومن مسته امرأة بشهوة) أى بدون حائل أو بحائل رقيق تصل معه حرارة البدن إلى اليد . وقيل المدار وجود الحجم ، وفى مس الشعر روايتان ، ونقل فيه اختلاف المشايخ ومسه امرأة كذلك ، ويشترط كونها مشتهاة حالا أو ماضيا ، فلو مس عجوزا بشهوة أو جامعها تثبت الحرمة ، وكذا إذا كانت صغيرة

وقوله (والوطء محرم من حيث إنه سبب الولد) جواب عن قوله حرمة المصاهرة نعمة فلا تنال بمحظور . وبيانه أن الوطء ليس بسبب للحرمة من حيث ذاته حتى تعتبر المناسبة بينه وبين الحكم بالمشروعية ، ولا من حيث أنه زنا وإنما هو سبب لها من حيث أنه سبب للولد أقيم مقامه كالسفر مع المشقة ، ولا عدوان ولا معصية للمسبب الذى هو الولد لعدم اتصافه بذلك . لايقال : ولد عصيان أوعدوان والشىء إذا قام مقام غيره يعتبر فيه صفة أصله لاصفة نفسه كالتراب فى التيمم . وقوله (ومن مسته امرأة بشهوة) بيان أن الأسباب الداعية إلى الوطء فى إثبات الحرمة كالوطء فى إثباتها . قال الفقيه أبو الليث : تأويل المسئلة إذا صدق الرجل المرأة أنها مسته عن شهوة ولو كذبها ولم يقع فى أكبر رأيه أنها فعلت ذلك عن شهوة ينبغى أن لاتحرم عليه أمها وبنتها . فإن قيل : ذكر مسئلة الدواعى تكرار لأن نفس الوطء الحرام إذا لم يوجب الحرمة عند الشافعى فلأن لايوجبها دواعيه أولى . أجيب بأنه

(قوله فإن قيل : ذكر مسئلة الدواعى) أقول : أى ذكر خلاف الشافعى فيها ، فإن الأولوية فى جانبه كما لايخفى ، فى عبارته قصور .

. . . .

تشتهى ، قال ابن الفضل : بنت تسع سنين مشتهاة من غير تفصيل ، وبنت خمس سنين فما دونها لا بلا تفصيل ، وبنت ثمان أوسبع أوست إن كانت عبلة كانت مشتهاة وإلا فلا . وكذا يشترط فى الذكر حتى لو جامع ابن أربع سنين زوجة أبيه لاتثبت به حرمة المصاهرة ، وهذا ماوعدناه من قريب . ولا فرق فى ثبوت الحرمة بالمس بين كونه عامدا أو ناسيا أو مكرها أو مخطئا ، حتى لو أيقظ زوجته ليجامعها فوصلت يده إلى بنته منها فقرصها بشهوة وهى ممن تشتهى يظن أنها أمها حرمت عليه الأم حرمة مؤبدة ، ولك أن تصورها من جانبها بأن أيقظته هى كذلك فقرصت ابنه من غيرها [١] وقوله بشهوة فى موضع الحال فيفيد اشتراط الشهوة حال المس ، فلو مس بغير شهوة ثم اشتهى عن ذلك المس لاتحرم عليه . وما ذكر فى حد الشهوة من أن الصحيح أن تنتشر الآلة أو تزداد انتشارا اهـ قول السرخسى وشيخ الإسلام . وكثير من المشايخ لم يشترطوا سوى أن يميل قلبه إليها ويشتهى جماعها ، وفرع عليه مالو انتشر فطلب امرأته فأولج بين فخذى بنتها خطأ لاتحرم عليه الأم مالم يزدد الانتشار . ثم هذا الحد فى حق الشاب أما الشيخ و العنين فحدها تحرك قلبه أو زيادة تحركه إن كان متحركا لامجرد ميلان النفس فإنه يوجد فيمن لاشهوة له أصلا كالشيخ الفانى والمراهق كالبالغ ، حتى لو مس وأقر أنه بشهوة تثبت الحرمة عليه . وكان ابن مقاتل لايفتى بالحرمة على هذين لأنه لايعتبر إلا تحرك الآلة . ثم وجود الشهوة من أحدهما كاف ولم يحدوا الحد المحرم منها فى حق الحرمة وأقله تحرك القلب على وجه يشوش الخاطر . هذا وثبوت الحرمة بمسها مشروط بأن يصدقها أو يقع فى أكبر رأيه صدقها . وعلى هذا ينبغى أن يقال فى مسه إياها : لاتحرم على أبيه وابنه إلا أن يصدقاه أو يغلب على ظنهما صدقه . ثم رأيت عن أبى يوسف أنه ذكر فى الأمالى مايفيد ذلك ، قال : امرأة قبلت ابن زوجها وقالت كان عن شهوة ، إن كذبها الزوج لايفرق بينهما ، ولو صدقها وقعت الفرقة ووجب نصف المهر إن كان قبل الدخول ويرجع به الأب على الابن إن تعمد الفساد . ولو وطئها الابن ختى وقعت الفرقة ووجب نصف المهر لايرجع على الابن لأنه وجب عليه الحد بهذا الوطء فلا يجب المهر ، وتقبل الشهادة على الإقرار بالمس والتقبيل بشهوة . ولو أقر بالتقبيل وأنكر الشهوة ولم يكن انتشار فى بيوع الأصل والمنتقى يصدق . وفى مجموع النوازل : لايصدق لو قبلها على الفم . قال صاحب الخلاصة : وبه كان يفتى الإمام خالى . وقال القاضى الإمام : يصدق فى جميع المواضع ، حتى رأيته أفتى فى المرأة إذا أخذت ذكر الختن فى الخصومة فقالت كان عن غير شهوة أنها تصدق اهـ . ولا إشكال فى هذا ، فإن وقوعه فى حالة الخصومة ظاهر فى عدم الشهوة ، بخلاف ما إذا قبلها منتشرا فإنه لايصدق فى دعوى عدم الشهوة . والحاصل أنه إذا أقر بالنظر وأنكر الشهوة صدق بلا خلاف ، وفى المباشرة إذا قال بلا شهوة لايصدق بلا خلاف فيما أعلم ، وفى التقبيل إذا أنكر الشهوة اختلف فيه ، قيل لايصدق لأنه لايكون إلا عن شهوة غالبا فلا يقبل إلا أن يظهر [٢] خلافه بالانتشار ونحوه ، وقيل يقبل ، وقيل بالتفصيل بين كونه على الرأس والجبهة والخد فيصدق أو على الفم فلا ، والأرجح هذا إلا أن الخد يتراءى إلحاقه بالفم ،

إنما كانت تكرارا أن لو كانت مصورة فى الحرام فقط ، وليس كذلك بل هى فى الحلال مثل أن مست أمة مولاها

(١) (قوله من غيرها) قيد بذلك ليعلم ما إذا كان منها بالأولى اهـ نهر ، كذا بهامش نسخة العلامة البحراوى حفظه الله كتبه مصححه .

(٢) (قوله إلا أن يظهر الخ) حق هذا الاستثناء أن يذكر بعد قوله وقيل يقبل كما لايخفى اهـ ، كذا بهامش نسخة العلامة البحراوى كتبه مصححه .

وقال الشافعي رحمه الله : لاتحرم ، وعلى هذا الخلاف مسه امرأة بشهوة ونظره إلى فرجها ونظرها إلى ذكره عن شهوة . له أن المس والنظر ليسا فى معنى الدخول . ولهذا لايتعلق بهما فساد الصوم والإحرام ووجوب الاغتسال فلا يلحقان به . ولنا أن المس والنظر سبب داع إلى الوطء فيقام مقامه فى موضع الاحتياط ، ثم المس بشهوة أن تنتشر الآلة أو تزداد انتشارا هو الصحيح ،

ويحمل ما فى الجامع فى باب قبول ما تقام عليه البينة أن هذا المدعى تزوج أمها أو قبلها أو لمسها بشهوة على أن قوله بشهوة قيد فى اللمس والقبلة بناء على إرادة القبلة على الفم ونحوه أوفى اللمس فقط إن أريد غير الفم ونحوه . والحاصل أن الدعوى إذا وافقت الظاهر قبلت وإلا ردت فيراعى الظهور . وفى المحيط : لو كان لرجل جارية فقال وطئتها لاتحل لابنه ، وإن كانت فى غير ملكه تحل لابنه إن كذبه لأن الظاهر يشهد له (قوله وقال الشافعي : لاتحرم) قيل عليه أن ثبوت خلافه مستفاد من المسئلة السابقة بطريق أولى فلاحاجة إلى نقله مرة أخرى . أجيب بأن المس المتكلم فيه هنا مفروض فى الحلال وإن كان لاتفاوت عندنا بين المس الحلال والحرام وثبوت خلافه فى المس الحلال لايوقف عليه بالسابقة . وحينئذ لابد من فرض كون الممسوس أمته على مافى شرح المجمع حيث قال المراد بالمرأة المنظور إليها : يعنى التى فيها خلاف الشافعي الأمة : يعنى أمته ، لأنه إما أن يراد المنكوحة أو الأجنبية أو الأمة ، لا سبيل إلى الأول لأن أم المنكوحة حرمت بالعقد وبنتها بالنظر واللمس ، لا أن حرمتهما جميعا بالنظر والمس فلا يستقيم فى المنكوحة إلا فائدة التحريم فى الربيبة دون الأم ، ولا سبيل إلى الأجنبية لأن الدخول

كذلك ، غير أنا لم نميز بين الحلال والحرام فى شمول وجوب الحرمة والشافعي فى شمول العدم (له) فى الحلال ماذكر فى الكتاب (أن المس والنظر ليسا فى معنى الدخول ولهذا لايتعلق بهما فساد الصوم والإحرام ووجوب الاغتسال) وكل ماليس فى معنى الدخول لايلحق بالدخول ، لأن الملحق لابد وأن يكون فى معنى الملحق (ولنا أن المس والنظر سبب داع إلى الوطء) والسبب الداعى إلى الشىء يقام مقامه فى موضع الاحتياط ، وهذا لأنا وجدنا لصاحب الشرع مزيد اعتناء فى حرمة الأبضاع ؛ ألا ترى أنه أقام شبهة البعضية بسبب الرضاع مقام حقيقتها فى إثبات الحرمة دون سائر الأحكام من التوارث ومنع وضع الزكاة ومنع قبول الشهادة فأقمنا السبب الداعى مقام المدعو احتياطا ، وفساد الصوم والإحرام ووجوب الاغتسال ليس من باب حرمة الأبضاع حتى يقوم السبب فيه مقام الوطء . ونوقض بأن ما ذكرتم إن كان صحيحا قام النظر إلى جمال المرأة مقام الوطء فى ثبوت الحرمة لكونه سببا داعيا إليه . والجواب أن النظر إلى الفرج المحرم هو مايكون نظرا إلى داخل الفرج بأن كانت متكئة وهو لايحل إلا فى الملك ، والظاهر من ذلك أنها لاتكون على هذه الحالة إلا فى خلوة عن الأجانب ، فانظر بعد هذا فى أن النظر إلى الجمال فى الحلال فى الملك وغيره خلاء وملأ هل يكون داعيا إلى الوطء دعوة النظر إليه أولا ؟ لا أراك قائلا بذلك إلا مكذبا . وعرف المس بشهوة بأن تنتشر الآلة : يعنى إذا لم تكن منتشرة قبل النظر والمس (أو تزداد انتشارا) إذا كانت منتشرة قبل ذلك . وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول كثير من المشايخ قال فى الذخيرة : وكثير من المشايخ لم يشترطوا الانتشار ، وجعلوا حد الشهوة أن يميل قلبه إليها ويشتهى جماعها ، واختار المصنف قول شمس الأئمة السرخسى وشيخ الإسلام . قال فى النهاية : هذا إذا كان شابا قادرا على الجماع ، فإن كان شيخا أو عنينا فحد الشهوة أن يتحرك قلبه بالاشتهاء إن لم يكن متحركا قبل ذلك أو يزداد الاشتهاء إن كان متحركا وهذا إفراط . وكان الفقيه محمد بن مقاتل الرازى لايعتبر تحرك القلب وإنما يعتبر تحرك الآلة ، وكان

والمعتبر النظر إلى الفرج الداخل ولايتحقق ذلك إلا عند اتكائها ، ولو مس فأنزل فقد قيل إنه يوجب الحرمة ، والصحيح أنه لايوجبها لأنه بالإنزال تبين أنه غير مفض إلى الوطء ، وعلى هذا إتيان المرأة فى الدبر

بها لايوجب حرمة المصاهرة عند الشافعى (قوله والمعتبر النظر إلى الفرج الداخل) وعن أبى يوسف : النظر إلى منابت الشعر محرم ، وقال محمد : أن ينظر إلى الشق . وجه ظاهر الرواية أن هذا حكم تعلق بالفرج ، والداخل فرج من كل وجه ، والخارج فرج من وجه ، وأن الاحتراز عن النظر إلى الفرج الخارج متعذر فسقط اعتباره اه . ولقائل أن يمنع الثانى ويقول فى الأول : قد تقدم للمصنف فى فصل الغسل من أول الكتاب ما إذا نقل نظيره إلى هنا كان هذا التعليل موجبا للحرمة بالنظر إلى الخارج وهو قوله : ولنا أنه متى وجب الغسل من وجه فالاحتياط فى الإيجاب والموضع الذى نحن فيه موضع الاحتياط . وقد يجاب بأن نفس هذا الحكم وهو التحريم بالمس ثبوته بالاحتياط فلا يجب الاحتياط فى الاحتياط .

[فروع] النظر من وراء الزجاج إلى الفرج محرّم ، بخلاف النظر فى المرآة . ولو كانت فى الماء فنظر فيه فرأى فرجها فيه ثبتت الحرمة . ولو كانت على الشط فنظر فى الماء فرأى فرجها لايحرم . كأن العلة والله أعلم أن المرئى فى المرآة مثاله لا هو . وبهذا عللوا الحنث فيما إذا حلف لاينظر إلى وجه فلان فنظره فى المرآة أو الماء . وعلى هذا فالتحريم به من وراء الزجاج بناء على نفوذ البصر منه فيرى نفس المرئى ، بخلاف المرآة والماء ، وهذا ينفى كون الإبصار من المرآة ومن الماء بواسطة انعكاس الأشعة وإلا لرآه بعينه بل بانطباع مثل الصورة فيهما . بخلاف المرئى فى الماء لأن البصر ينفذ فيه إذا كان صافيا فيرى نفس مافيه . وإن كان لايراه على الوجه الذى هو عليه ، ولهذا كان له الخيار إذا اشترى سمكة رآها فى ماء بحيث تؤخذ منه بلا حيلة وتحقيق سبب اختلاف المرئى فيه فى فن آخر . ثم شرط الحرمة بالنظر أو المس أن لاينزل ، فإن أنزل قال الأوزجندى وغيره : تثبت لأن بمجرد المس بشهوة تثبت الحرمة ، والإنزال لايوجب رفعها بعد الثبوت . والمختار لاتثبت كقول المصنف وشمس الأئمة والبزدوى بناء على أن الأمر موقوف حال المس إلى ظهور عاقبته إن ظهر أنه لم ينزل حرمت وإلا لا ، والاستدلال واضح فى الكتاب إلا أن إقامة السبب إذا نيط الحكم بالمسبب إنما تكون لخفاء المسبب ، وإلا فهو تعليق بغير المناط لغير حاجة ، والأولى ادعاء كون المناط شرعا نفس الاستمتاع بمحل الولد بالنظر واللمس نظرا إلى أن الآثار جاءت بالحرمة فى المس ونحوه . وقد روى فى الغاية السمعانية حديث أم هانئ عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « من نظر إلى فرج امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وابنتها » وفى الحديث « ملعون من نظر إلى فرج امرأة وابنتها » وعن عمر : أنه جرّد جارية ونظر إليها ثم استوهبها منه بعض بنيه فقال : أما إنها لاتحل لك . وهذا إن تم كان دليل أبى يوسف فى كون النظر إلى منابت الشعر كافيا . وعن ابن عمر قال : إذا جامع الرجل المرأة أو قبلها أو لمسها

لايفتى بثبوت الحرمة فى الشيخ الكبير والعنين الذى ماتت شهوته حتى لم يتحرك عضوه بالملامسة وهو أقرب إلى الفقه . وقوله (والمعتبر النظر) ظاهر (ولو مس فأنزل فقد قيل يوجب الحرمة) وبه كان يفتى شيخ الإسلام الأوزجندى . ووجهه أن مجرد المس بشهوة يثبت الحرمة ، فهذه الزيادة إن كانت لاتوجب زيادة الحرمة لاتوجب خلافها . والذى اختاره المصنف فى الكتاب هو اختيار شمس الأئمة السرخسى والإمام فخر الإسلام . وقد نص محمد فى باب إتيان المرأة فى غير مأتاها من الزيادات أن الجماع فى الدبر لايثبت حرمة المصاهرة ، وكذا النظر إلى موضع الجماع من الدبر بشهوة (وهذا أصح لما تبين أنه) أى المس (بالإنزال غير مفض إلى الوطء) والمس

(وإذا طلق امرأة طلاقا بائنا أورجعيا لم يجز له أن يتزوج بأختها حتى تنقضى عدتها) وقال الشافعى رحمه الله : إن كانت العدة عن طلاق بائن أو ثلاث يجوز لانقطاع النكاح بالكلية إعمالا للقاطع ، ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد . ولنا أن نكاح الأولى قائم لبقاء بعض أحكامه كالنفقة والمنع والفراش والقاطع تأخر عمله

بشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمها وابنتها . وعن مسروق أنه قال : بيعوا جاريتى هذه ، أما إنى لم أصب منها إلا مايحرمها على ولدى من المس والقبلة (قوله لم يجزله أن يتزوج بأختها حتى تنقضى عدتها) وفى المبسوط : لاتتزوج المرأة فى عدة أختها من نكاح فاسد أو جائز عن طلاق بائن (وقال الشافعى : إن كانت العدة عن طلاق بائن جاز) وعلى هذا الخلاف تزوج أربع سوى المعتدة عن بائن ، وبقوله قال مالك ، وبقولنا قال أحمد وهو قول على وابن مسعود وابن عباس ، ذكره سليمان بن يسار عنهم ، وبه قال سعيد بن المسيب وعبيدة السلمانى ومجاهد والثورى والنخعى ، وروى مذهبه عن زيد بن ثابت إلا أن أبا يوسف ذكر فى الأمالى رجوع زيد عن هذا القول ، وكذا ذكره الطحاوى . حكى أن مروان شاور الصحابة فى هذا فاتفقوا على التفريق بينهما ، وخالفهم زيد ثم رجع إلى قولهم . وقال عبيدة : ما اجتمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على شىء كاجتماعهم على تحريم نكاح الأخت فى عدة الأخت والمحافظة على أربع قبل الظهر . ثم إن محل النزاع يتجاذبه أصلان : الطلاق الرجعى ، وما بعد انقضاء العدة ، فقاس البائن على الثانى بجامع انقطاع النكاح إعمالا للقاطع وهو الطلاق البائن . ويدل على انقطاعه أنه لو وطئها عالما بالحرمة حد . وقسنا على الأول بجامع قيام النكاح بناء على منع انقطاعه بالكلية ، وهذا لأنه ليس معنى قولنا النكاح قائم حال قيام العصمة والزوجية فضلا عن حالة وقوع الطلاق الرجعى إلا قيام أحكامه ، لأن لفظ تزوجت وزوجت تلاشى بمجرد انقضائه ، فقيامه بعده ليس إلا قيام حكمه الراجع إلى الاختصاص استمتاعا وإمساكا ، وقد بقى الإمساك والفراش فى حق ثبوت النسب حال قيام عدة البائن فيبقى النكاح من وجه ، وإذا كان قائما من وجه حرم تزوج أختها وأربع سواها من وجه فتحرم مطلقا إلحاقا بالرجعى أو بما لايحصى من الأصول التى اجتمع فيها جهتا تحريم وإباحة مع وجوب الاحتياط فى أمر الفروج . ويخص تزوج الأخت فى عدة الأخت دلالة النص المانع من الجمع بين الأختين ، فإنه علل فيه بالقطيعة وهى هنا أظهر وألزم ، فإن مواصلة أختها فى حال حبسها بلا استمتاع أغيظ لها من مواصلتها مع مشاركتها فى المتعة . والفرع المستدل به على الانقطاع بالكلية ممنوع ، فإن الحد لايجب على إشارة كتاب الطلاق حيث قال فيه : معتدة عن طلاق ثلاث جاءت بولد لأكثر من سنتين من يوم طلقها زوجها لم يكن الولد

المفضى إليه هو المحرم . ومعنى قولهم المس بشهوة لايوجب الحرمة بالإنزال : هو أن الحرمة عند ابتداء المس بشهوة كان حكمها موقوفا إلى أن تبين بالإنزال ، فإن أنزل لم تثبت وإلا ثبتت ، لا أن يكون معناه أن حرمة المصاهرة تثبت بالمس ، ثم بالإنزال سقط ماثبت من الحرمة لأن موجب المصاهرة إذا ثبت لايسقط أبدا . قال (وإذا طلق امرأته طلاقا بائنا أو رجعيا لم يجز له أن يتزوج بأختها حتى تنقضى عدتها . وقال الشافعى : إن كانت العدة عن طلاق بائن) كالطلاق على مال (أو ثلاث جاز لانقطاع النكاح بالكلية) لأن القاطع وهو الطلاق موجود على الكمال إذ ليس فيه شائبة الرجوع فلا بد من إعماله ، وإعمال القاطع الكامل يقتضى القطع بالكلية ليثبت الحكم بقدر دليله (ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة وجب الحد . ولنا) أنا لانسلم انقطاع النكاح بالكلية ، فإن (النكاح الأول قائم لبقاء بعض أحكامه كالنفقة والمنع) عن الخروج (والفراش) وهو صيرورة المرأة بحال لو جاءت بولد

ولهذا بقى القيد ، والحدّ لايجب على إشارة كتاب الطلاق ، وعلى عبارة كتاب الحدود يجب لأن الملك قد زال فى حق الملك فيتحقق الزنا ولم يرتفع فى حق ماذكرنا فيصير جامعا

للزوج إذا أنكره . ففيه دليل على أنه لو ادعى نسبه ثبت ، ويستلزم أن الوطء فى عدّة الثلاث ليس زنا مستعقبا لوجوب الحد وإلا لم يثبت نسبه ، فكان ذلك رواية فى عدم الحد ، وإن سلم كما فى عبارة كتاب الحدود فغاية مايفيد انقطاع الحل بالكلية وقد قلنا به على ما ستسمعه . وإنما قلنا : إن أثر النكاح قائم من وجه وبه يقوم هو من وجه ١ وبه تحرم الأخت من وجه وبه تحرم مطلقا . وفى المجتبى جواز نكاح الأخت فى عدة الأخت يؤدى إلى جمع مائه فى رحم أختين لجواز العلوق بعد النكاح ، ويثبت فى المعتدة النسب إلى سنتين وهو ممتنع بالحديث اهـ. يعنى قوله صلى الله عليه وسلم « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعنّ ماءه فى رحم أختين » ومثله لو علقت المطلقة قبل الطلاق ثم دخل بأختها بعده يلزم ماذكر أيضا .

[فروع : الأوّل] إذا أخبر المطلق عن المطلقة أنها أخبرته أن عدتها انقضت فإما تحتمله المدة أولا ، لايصح نكاحه أختها فى الثانى لأنه لايقبل قولها ولا قوله إلا أن يفسره بما هو محتمل من إسقاط سقط مستبين الخلق . وفى الأوّل يصح نكاحه أختها سواء سكتت المخبر عنها أو صدّقته أو كذبته أو كانت غائبة . وقال زفر : إذا كذبته لايصح نكاحه أختها لأنها أمينة وقد قبل تكذيبها حتى استمرت نفقتها وثبت نسب ولدها إذا أتت به . ومن ضرورة ثبوت النسب والنفقة القول بقيام العدة وهو يستلزم بطلان النكاح . ولنا أنه أخبر عن أمر دينى بينه وبين الله تعالى وهو محتمل فيجب قبوله فى الحال وتكذيبها لاينفع إلا فى حقها فقلنا ببقاء النفقة ، بخلاف نكاح الأخت لاحق لها فيه فلا تقبل فيه ، ولا يستلزم الحكم بالنفقة الحكم شرعا بقيام العدة والفراش كالأختين المملوكتين ، بخلاف ما إذا ولدت فإن من ضرورة القضاء بنسبه الحكم بإسناد العلوق فيتيقن بكذبه ، ثم قال فى الأصل هنا إن مات لم ترثه وكان الميراث للأخرى . وذكر فى كتاب الطلاق أن الميراث للأولى دون الأخرى ، ولكن وضع المسألة فيما إذا كان مريضا حين قال أخبرتنى أن عدتها انقضت وكذبته ، وإنما يتحقق اختلاف الروايات فى حكم الميراث إذا كان الطلاق رجعيا ، فأما البائن وهو فى الصحة فلا ميراث للأولى وإن لم يخبر الزوج بها . وفى كتاب الطلاق لما وضع المسألة فى المريض وكان قد تعلق حقها بماله لم يقبل قوله فى إبطال حقها كما فى نفقتها وهنا وضعها فى الصحيح ولا حق لها فى ماله فكان قوله مقبولا فى إبطال إرثها . توضيحه أن بقوله ذلك أخبر أن الواقع .

ثبت نسبه منه فإن هذه كذلك مادامت فى العدة لانزاع فى بقاء هذه الأحكام سوى النفقة ولا فى كونها مرتبة على النكاح ، فلو لم يكن النكاح قائما حال العدّة تخلف الحكم عن علته وهو باطل ، وإذا كان النكاح قائما كان عمل القاطع متأخرا كما فى الطلاق الرجعى ولهذا بقى القيد ، فلو جاز نكاح الأخت فى العدة لزم الجمع بين الأختين وهو حرام . وقوله (والحد لايجب) جواب عن قوله ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة وجب الحد . ووجهه أنا لانسلم وجوبه على إشارة كتاب الطلاق . قال : معتدّة عن طلاق ثلاث جاءت بولد لأكثر من سنتين من يوم طلقها زوجها لم يكن الولد للزوج إذا أنكره ، فى قوله لايثبت نسبه منه إذا أنكره دليل على أنه لو ادعى ثبت نسبه منه

(قوله كما فى الطلاق الرجعى ولهذا بقى القيد) أقول : حتى لايجوز لها أن تتزوج بغيره .

---

(١) قوله (وبه يقوم هو من وجه) سقطت هذه الجملة من بعض النسخ ولتحرر كتبه مصححه .

(ولا يتزوّج المولى أمته ولا المرأة عبدها) لأن النكاح ماشرع إلا مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين ،

يعني الطلاق صار بائنا ، فكأنه أبانها في صحته فلا ميراث لها ، ولو أبانها في مرضه كان لها الميراث . وقيل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف لأن عندهما يجوز جعل الرجعي بائنا خلافا لمحمد ، ومتى كان الميراث للأولى فلا ميراث للثانية . الثاني : لو أعتق أم ولده لم يحل له تزوّج أختها حتى تنقضي عدتها ويحل أربع سواها عنده ، وعندهما تحل الأخت أيضا قياسا على تزوّج الأربع ، ولأن حقيقة الملك لم تمنع فكيف بالعدة وإنما هي أثره ، وأبوحنيفة يفرق بضعف الفراش قبل العتق وقوّته بعده ، ألا ترى أنه كان يتمكن من تزوّجها قبله لا بعده حتى تنقضي ، فلو تزوج أختها بعد العتق كان مستلحقا نسب ولدى أختين في زمان واحد وهو لا يجوز وهذا مفقود في الأربع سواها ، إذ غايته أنه جمع بين فرش الخمس ولا بأس به . الثالث : لزوج المرتدّة إذا لحقت بدار الحرب تزوّج أختها قبل انقضاء عدتها كما إذا ماتت لأنه لا عدة عليها من المسلم للتباين ، فإن عادت مسلمة فإما بعد تزوّج الأخت أو قبله ؛ ففي الأول لا يفسد نكاح الأخت لعدم عود العدة ، وعند أبي يوسف تعود العدة ، وفي إبطال نكاح أختها عنه روايتان ، وفي الثاني كذلك عند أبي حنيفة لأن العدة بعد سقوطها لا تعود بلا سبب جديد ، وعندهما ليس له تزوّج الأخت وعودها مسلمة يصير شرعا لحاقها كالغيبة ، ألا ترى أنه يعاد إليها مالها فتعود معتدّة (قوله ولا يتزوّج المولى أمته) ولو ملك بعضها (ولا المرأة عبدها) وإن لم تملك سوى سهم واحد منه . وقد حكى في شرح الكنز الإجماع على بطلانه ، وحكى غيره فيه خلاف الظاهرية (قوله لأن النكاح ماشرع إلا مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين) أي في الملك منها ما تختص هي بملكه كالنفقة والسكنى والقذف والمنع من العزل إلا بإذنها ، ومنها مايختص هو بملكه كوجوب التمكين والقرار في المنزل والتحصن

ففيه إشارة إلى أن الوطء في العدة من طلاق ثلاث لا يكون زنا ، إذ لو كان زنا لما ثبت به النسب وإن ادعى . ولئن سلمنا ذلك بناء على مايدل عليه عبارة كتاب الحدود وهي ماقال : إن من طلق امرأته ثلاثا ثم وطئها في العدة يجب عليه الحد إذا لم يدّع الشبهة فذاك باعتبار أن الملك في حق الحل قد زال فيتحقق الزنا لوقوع الوطء في غير الملك ، ولم يزل في حق ماذكرنا من النفقة والمنع والفراش لأنا قد اتفقنا على بقاء المنع من الخروج والفراش ، ولم يكن ذلك إلا باعتبار الحكم بقيام النكاح فقلنا بقيامه في حق التزوّج بالأخت احتياطا في التفادي عن الجمع بين الأختين . قال (ولا يتزوّج المولى أمته ولا المرأة عبدها) خلافا لنفاة القياس ، استدلوا بقوله تعالى ـ فانكحوا ماطاب لكم من النساء ـ وقوله تعالى ـ فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات ـ (ولنا أن النكاح ماشرع إلا مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين) يعني أنه كما يجب للزوج على الزوجة حق يقتضي مالكية الزوج عليها كطلب تمكينها من وطئها ودواعيه شرعا والمنع عن الخروج والبروز والتحصين ، فكذلك يجب لها عليه حق يقتضي مالكيتها عليه كطلب النفقة والكسوة جبرا والسكنى والقسم والمنع عن العزل والقيام بمصالحها الراجعة إلى الزوجية ، فكان النكاح مشروعا لإيجاب هذه الثمرات المشتركة بينهما ، فكان كل واحد منهما مالكا ومملوكا ، وبينهما منافاة لأن

(قال المصنف : ولا يتزوج المولى أمته ولا المرأة عبدها) أقول : قال السروجي في شرحه : لأن مقتضى الزوجية قيام الرجل على المرأة بالحفظ والصون والتأديب لإصلاح الأخلاق ، قال الله تعالى ـ الرجال قوامون على النساء ـ والاسترقاق يقتضي قهر السادات للعبد بالاستيلاء والاستهانة فيتعذر أن تكون زوجة لعبدها وسيدة لتنافي البابين اهـ . ونحن نقول : ماذكره بالحقيقة تفصيل ما أجمله المصنف (قوله استدلوا بقوله تعالى ـ إلى قوله ـ وقوله تعالى) أقول : الآية الأولى والثانية في سورة النساء (قوله لإيجاب هذه الثمرات المشتركة بينهما ، إلى قوله : وبينهما منافاة) أقول : لا يخفى عليك مافي تقريره من الخلل حيث يلزم منه أن لا يثمر النكاح ثمرات مشتركة بينهما لاستلزامه الجمع بين

والمملوكية تنافى المالكية فيمتنع وقوع الثمرة على الشركة (ويجوز تزويج الكتابيات) لقوله تعالى ـ والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب ـ أى العفائف ،

عن غيره ، ومنها مايكون الملك فى كل منهما مشتركا كالاستمتاع مجامعة ومباشرة والولد فى حق الإضافة (والمملوكية تنافى المالكية) فقد نافت لازم عقد النكاح ومنافى اللازم مناف للملزوم . ولا وجه إذا تأملت بعد هذا التقرير للسؤال القائل يجوز كونها مملوكة من وجه الرق مالكة من جهة النكاح لأن الفرض أن لازم النكاح ملك كل واحد لما ذكرنا من تلك الأمور على الخلوص والرق يمنعه من غير النفقة فنافاه . ولو اشترت زوجها أو شيئا منه فسد النكاح ويسقط المهر ، كما لو داين عبدا ثم اشتراه سقط الدين لأنه لايثبت للمولى على عبده دين (قوله ويجوز تزويج الكتابيات) والأولى أن لايفعل ولا يأكل ذبيحتهم إلا للضرورة . وتكره الكتابية الحربية إجماعا لانفتاح

المالكية تقتضى القاهرية والمملوكية تقتضى المقهورية ولا خفاء فى التنافى بينهما . واعترض بأنهما من جهتين مختلفتين ، ولا تنافى حينئذ . وأجيب بمنع اختلاف الجهة بأن كون المرأة مالكة لجميع أجزائها إنما هو بالنسبة إلى العبد ، وكونها مملوكة أيضا إنما هو بالنسبة إلى العبد فلم تختلف الجهة . ولقائل أن يقول : المرأة بجميع أجزائها مالكة للعبد بجميع أجزائه وليست بمالكة لمنافع بضعه . فجاز أن يملك العبد بالنكاح على سيدته منافع بضعها لأن النكاح عقد على ملك منافع البضع وهو لم يكن من حيث منافع بضعه مملوكا ، ولا المولاة من حيث منافع بضعها مالكة بل من حيث أجزائها فاختلفت الجهة وانتفى التنافى . والجواب أنا لانسلم أنها لاتملك منافع بضعه فإنها تقدر على إتلافه بالإخصاء والجب من غير ضمان يلحقها ، فكان العبد مملوكا من حيث فرضته مالكا فاتحدت الجهة وتحقق التنافى . وأما الجواب عما استدل به نفاة القياس من الآية فبأنها يعارضها قوله تعالى ـ وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم ـ خاطب الله تعالى الموالى بإنكاح الإماء لابنكاحهن . فإن قيل : الآية ساكتة عن بيان نكاحهن والساكت ليس بحجة . فالجواب أن الموضع موضع بيان مايحتجن إليه من أمر النكاح ، والسكوت عن البيان فى موضع الحاجة إلى البيان بيان (ويجوز تزويج الكتابيات لقوله تعالى ـ والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب) قال المصنف (أى العفائف) فسره بذلك احترازا عن قول ابن عمر فإنه فسرها بالمسلمات ، وليست

المتنافيين ، والأولى أن يقول : فلو صح نكاح السيد أمته والسيدة عبدها لكان المملوك المحض لشخص مالكا له ، وبينهما منافاة فليتأمل . فإن قلت : بم يتخلص فى النكاح عن هذا ؟ قلنا : باختلاف الجهتين ، فإنه ظاهر فيه ، ولايمكن أن يرتكب ذلك فى العبد وسيدته لأن العبد مقهور محض لها للرق فلا يمكن أن يكون قاهرها فليتأمل (قوله واعترض بأنهما من جهتين مختلفتين) أقول : لأن كونها مالكة بجهة ملك اليمين وكونها مملوكة بجهة ملك المتعة (قوله والجواب أنا لانسلم أنها لاتملك منافع بضعه الخ) أقول : فيه بحث ، فإنها لو كانت مالكة منافع بضعه لجاز لها أن تمكن نفسها من عبدها حتى يطأها ، والمتلف فيما ذكره هو الجزء نفسه لا المنافع ، وكم من شىء يثبت ضمنا وتبعا ولايثبت استقلالا وأصالة ، على أن ذلك ليس بصحيح أيضا ، فإنه تقرر فى الأصول أن الرقيق ليس بمملوك فى حكم الحياة والدم بل بمنزلة المبقى على أصل الحرية ولهذا يصح منه الإقرار بالحد والقصاص والسرقة المستهلكة . قال فى التلويح : لأن الحياة والدم حقه لاحتياجه إليهما فى البقاء ولهذا لايملك المولى إتلافهما اه (قوله فبأنها يعارضها قوله تعالى ـ وأنكحوا ـ الخ) أقول : هذه الآية فى سورة النور (قوله فإن قيل : الآية ساكتة عن بيان نكاحهن الخ) أقول : غير المنطوق لايعارض المنطوق على مافصل فى موضعه وكذا بعد تسليم ماذكره ، وذلك أيضا فيه ما فيه (قال المصنف : ويجوز تزويج الكتابيات) أقول : أى تزوجها ، أو المراد تزويجها من نفسه (قال المصنف : لقوله تعالى ـ والمحصنات ـ الآية) أقول : هذه الآية فى سورة المائدة .

ولا فرق بين الكتابية الحرة والأمة على مانبين من بعد إن شاء الله تعالى

باب الفتنة من إمكان التعلق المستدعى للمقام معها فى دار الحرب ، وتعريض الولد على التخلق بأخلاق أهل الكفر وعلى الرق بأن تسبي وهي حبلى فيولد رقيقا وإن كان مسلما . والكتابى من يؤمن بنبي ويقرّ بكتاب . والسامرية من اليهود . أما من آمن بزبورداود وصحف إبراهيم وشيث فهم أهل كتاب تحل مناكحتهم عندنا . ثم قال فى المستصفى : قالوا هذا يعنى الحل إذا لم يعتقدوا المسيح إلها ، أما إذا اعتقدوه فلا . وفى مبسوط شيخ الإسلام : ويجب أن لا يأكلوا ذبائح هل الكتاب إذا اعتقدوا أن المسيح إله وأن عزيرا إله . ولا يتزوّجوا نساءهم . وقيل عليه الفتوى ، ولكن بالنظر إلى الدلائل ينبغى أن يجوز الأكل والتزوّج اه وهو موافق لما فى رضاع مبسوط شمس الأئمة فى الذبيحة قال : ذبيحة النصرانى حلال مطلقا سواء قال بثالث ثلاثة أولا وموافق لإطلاق الكتاب هنا . والدليل وهو قوله تعالى ـ والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ـ فسره بالعفائف احترازا عن تفسير ابن عمر بالمسلمات ، ولذلك امتنع ابن عمر رضى الله عنه من تزوج الكتابية مطلقا لاندراجها فى المشركة ، قال تعالى ـ وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله ـ إلى أن قال ـ سبحانه عما يشركون ـ قلنا : وقد قيل إن القائل بذلك طائفتان من اليهود والنصارى انقرضوا لاكلهم ويهود ديارنا يصرّحون بالتنزيه عن ذلك والتوحيد . وأما النصارى فلم أر إلا من يصرح بالإبنية قبحهم الله ، لكن هذا يوجب نصرة المذهب المفصل فى أهل الكتاب ، فأما من أطلق حلهم فيقول مطلق لفظ المشرك إذا ذكر فى لسان الشارع فلا ينصرف إلى أهل الكتاب وإن صح لغة فى طائفة بل وطوائف ، وأطلق لفظ الفعل : أعنى يشركون على فعلهم ، كما أن من راءى بعمله من المسلمين فلم يعمل إلا لأجل زيد يصح فى حقه أنه مشرك لغة ، ولا يتبادر عند إطلاق الشارع لفظ المشرك إرادته لما عهد من إرادته به من عبد مع الله غيره ممن لا يدعى اتباع نبي ولا كتاب ولذلك عطفهم عليه فى قوله تعالى ـ لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين منفكين ـ ونصص على حلهم بقوله تعالى ـ والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ـ أى العفائف منهن . وتفسير المحصنات بالمسلمات يفيد أن المعنى ، أحل لكم المسلمات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ، فإن كن قد انقرضن فلا فائدة ، إذ لا يتصور الخطاب بحل الأموات للمخاطبين الأحياء ، وإن كن أحياء ودخلن فى دين سيدنا ونبينا محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم فالحل حينئذ معلوم من حكم المسلمات المعلوم بالضرورة من الدين ، بل ويدخل فى المحصنات المعطوف عليه وهو قوله تعالى ـ والمحصنات من المؤمنات ـ ثم يصير المعنى فيه والمسلمات من المؤمنات وهو بعيد فى عرف استعمالهم بخلاف تفسيره بالعفائف . ثم المراد من ذكره حث الإنسان على التخير لنطفته ؛ ألا ترى أن العفة ليست شرطا فى المؤمنات اتفاقا وإن لم يدخلن فهو عين الدليل حيث أبيح نكاح الكتابيات الباقيات على ملتهن ؛ ولو سلم فهى منسوخة ، أعنى ـ ولا تنكحوا المشركات ـ نسخت فى حق أهل الكتاب المثلثين وغيرهم بآية المائدة وبقى من سواهم تحت المنع ، ذكره جماعة من أهل التفسير لأن سورة المائدة كلها لم ينسخ منها شيء قط ، على أن تفسير المحصنات

العفة شرطا الجواز النكاح وإنما ذكرها بناء على العادة بدلالة الغرض . ووجه الاستدلال أن الله تعالى قال ـ اليوم أحل لكم الطيبات ، وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم ، والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ؛ـ أي وأحل لكم المحصنات ، والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب فلا خفاء فى دلالته على الحل (ولا فرق بين الكتابية الحرة والأمة على مانبين من بعد) يعنى بعد أسطر حيث قال : ويجوز تزويج

(ولا يجوز تزويج المجوسيات لقوله صلى الله عليه وسلم « سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحى نسائهم

بالمسلمات ليس من اللغة بل هو تفسير إرادة لا لغة . ويدل على الحل تزوّج بعض الصحابة منهم وخطبة بعضهم ، فمن المتزوّجين حذيفة وطلحة وكعب بن مالك وغضب عمر فقالوا نطلق يا أمير المؤمنين ، وإنما كان غضبه لخلطة الكافرة بالمؤمن وخوف الفتنة على الولد لأنه فى صغره ألزم لأمه ، ومثله قول مالك تصير تشرب الخمر وهو يقبل ويضاجع لا لعدم الحل ؛ ألا ترى إلى قولهم نطلق يا أمير المؤمنين ولم ينكر عليهم ذلك هو ولا غيره ، ولو لم يصح لم يتصور طلاق حقيقة ولا وقف إلى زمنه . وخطب المغيرة بن شعبة هندا بنت النعمان بن المنذر وكانت تنصرت وديرها باق إلى اليوم بظاهر الكوفة وكانت قد عميت فأبت وقالت : أىّ رغبة لشيخ أعور فى عجوز عمياء ؟ ولكن أردت أن تفتخر بنكاحى فتقول تزوجت بنت النعمان بن المنذر ، فقال : صدقت، وأنشأ يقول :

أدركت ما منيت نفسى خاليا   لله درّك يا ابنة النعمان
فلقد رددت على المغيرة ذهنه   إن الملوك ذكية الأذهان

وكانت بعد ذلك تدخل عليه فيكرمها ويسألها عن حالها ، فقالت فى أبيات :

فبينا نسوس الناس والأمر أمرنا   إذا نحن فيهم سوقة نتنصف
فأفّ لدنيا لا يدوم نعيمها   تقلب تارات بنا وتصرّف

قولها نتنصف : أى نستخدم ، والمنصف الخادم ، فإذا كان الأمر على ما قررناه فلا جرم أن ذهب عامة المفسرين إلى تفسير المحصنات بالعفائف ، ثم ليست العفة شرطا بل هو للعادة أو لندب أن لا يتزوجوا غيرهن كما أشرنا إليه آنفا . والأئمة الأربعة على حل الكتابية الحرة ، وأما الأمة الكتابية فكذلك عندنا وسيأتى الخلاف فيها (قوله ولا يجوز تزويج المجوسيات) عليه الأربعة ، ونقل الجواز عن داود وأبى ثور ، ونقله إسحاق فى تفسيره عن علىّ رضى رضى الله عنه بناء على أنهم من أهل الكتاب فواقع ملكهم أخته ولم ينكروا عليه فأسرى بكتابهم فنسوه ، وليس هذا الكلام بشىء ، لأنا نعنى بالمجوس عبدة النار ، فكونهم كان لهم كتاب أولا لا أثر له . فإن الحاصل أنهم الآن داخلون فى المشركين وبهذا يستغنى عن منع كونهم من أهل الكتاب بأنه يخالف قوله تعالى ـ إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا ـ من غير تعقيب بإنكار ، وعدّهم المجوس يقتضى أنهم ثلاث طوائف ، وبتقدير التسليم فبالرفع والنسيان أخرجوا عن كونهم أهل كتاب يدل على إخراجهم الحديث المذكور وهو ما أخرجه عبد الرزاق وابن أبى شيبة عن قيس بن مسلم عن الحسن بن محمد بن على « أن النبى صلى الله عليه وسلم كتب إلى مجوس هجر يعرض عليهم الإسلام ، فمن أسلم قبل منه ومن لم يسلم ضربت عليه الجزية غير ناكحى نسائهم ولا آكلى ذبائحهم » . قال ابن القطان : هو مرسل ، ومع إرساله فيه قيس بن مسلم وهو ابن الربيع وقد اختلف فيه وهو ممن ساء حفظه بالقضاء . ورواه ابن سعد فى الطبقات من طريق ليس فيها قيس عن عبد الله بن عمرو بن العاص « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى مجوس هجر » الحديث ، إلى أن قال « بأن لا تنكح نساؤهم ولا

الأمة . (ولا يجوز تزويج المجوسيات لقوله عليه الصلاة والسلام « سنوا بهم سنة أهل الكتاب ») أى اسلكوا بهم طريقتهم : يعنى عاملوهم معاملة هؤلاء فى إعطاء الأمان بأخذ الجزية منهم ، رواه عبد الرحمن بن عوف رضى

ولا آكلى ذبائحهم » قال (ولا الوثنيات) لقوله تعالى ـ ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنّ ـ

تؤكل ذبائحهم . وفى سنده الواقدى . وروى مالك فى موطئه عن جعفر بن محمد عن أبيه أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ذكر المجوس فقال : ما أدرى ما أصنع فى أمرهم ، فقال عبد الرحمن بن عوف : أشهد لسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » اه . وسيأتى باقى ما فيه من الكلام فى باب الجزية إن شاء الله تعالى(قوله ولا الوثنيات) وهو بالإجماع والنص . ويدخل فى عبدة الأوثان عبدة الشمس والنجوم والصور التى استحسنوها والمعطلة والزنادقة والباطنية والإباحية . وفى شرح الوجيز : وكل مذهب يكفر به معتقده لأن اسم المشرك يتناولهم جميعا . وقال الرستغفنى : لاتجوز المناكحة بين أهل السنة والاعتزال والفضلى (١) ولا من قال أنا مؤمن إن شاء الله لأنه كافر ، ومقتضاه منع مناكحة الشافعية ،واختلف فيها هكذا، قيل يجوز ، وقيل يتزوّج بنتهم ولا يزوّجهم بنته . ولا يخفى أن من قال أنا مؤمن إن شاء الله تعالى فإنما يريد إيمان الموافاة صرحوا به : يعنون الذى يقبض عليه العبد لأنه إخبار عن نفسه بفعل فى المستقبل أو استصحابه إليه فيتعلق به قوله تعالى ـ ولا تقولن لشىء إنى فاعل ذلك غدا إلا أن يشاء الله ـ وعلى هذا فيكون قوله إن شاء الله شرطا لا كما يقال إنه لمجرد التبرك ، وكيف كان لايقتضى ذلك كفره غير أنه عندنا خلاف الأولى ، لأن تعويد النفس بالجزم فى مثله ليصير ملكة خير من إدخال أداة التردد فى أنه هل يكون مؤمنا عند الموافاة أولا . وأما المعتزلة فمقتضى الوجه حل مناكحتهم لأن الحق عدم تكفير أهل القبلة وإن وقع إلزاما فى المباحث ، بخلاف من خالف القواطع المعلومة بالضرورة من الدين مثل القائل بقدم العالم ونفى العلم بالجزئيات على ماصرح به المحققون ، وأقول : وكذا القول بالإيجاب بالذات ونفى الاختيار .

الله عنه (ولا) يجوز تزويج (الوثنيات لقوله تعالى ـ ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنّ ـ) وهو بعمومه يتناول الوثنية وهى من تعبد الصنم وغيرها . واعترض بأن أهل الكتاب مشركون ، قال الله تعالى ـ وقالت اليهود عزير ابن الله ، وقالت النصارى المسيح ابن الله ـ إلى قوله ـ سبحانه عما يشركون ـ وقد ذكر فى التيسير والكشاف أن اسم أهل الشرك يقع على أهل الكتاب فيكونون داخلين تحت المشركين وذلك يقتضى عدم جواز نكاح الكتابيات ، وقد بين المصنف جوازه مستدلا بقوله تعالى ـ والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب ـ والجواب أن الله تعالى عطف المشركين على أهل الكتاب فى قوله تعالى ـ ولتسمعن من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ومن الذين أشركوا أذى كثيرا ـ وفى قوله ـ لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين ـ والمعطوف غير المعطوف عليه لامحالة . وقوله ـ عما يشركون ـ استعارة تصريحية تبعية ، وذلك لأنه شبه اتخاذهم الأحبار والرهبان أربابا بإشراك المشركين ،

(قال المصنف : لقوله تعالى ـ ولاتنكحوا المشركات ـ الآية) أقول : هذه الآية فى سورة البقرة فى الحزب الثالث من الجزء الثانى (قوله واعترض بأن أهل الكتاب مشركون ، إلى قوله : والجواب) أقول : وأجاب فى الكشاف بأن آية البقرة منسوخة بقوله تعالى ـ والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ـ وسورة المائدة كلها ثابتة لم ينسخ منها شىء قط (قوله قال الله تعالى وقالت اليهود عزير ابن الله ـ الآية) أقول : هذه الآية فى سورة التوبة . (قوله والجواب أن الله تعالى عطف المشركين على أهل الكتاب الخ) أقول : إنما يصار إلى ارتكاب المجاز فى الآية لو كانت دلالة العطف على المغايرة أقوى من دلالتها على الاتحاد ، مع أن قوله تعالى ـ إن الله لايغفر أن يشرك به ويغفر مادون ذلك

---

(١) (قوله والفضلى) هو معطوف على الرستغفنى كما هو ظاهر ، كذا بخط العلامة البحراوى .

(ويجوز تزويج الصابئات إن كانوا يؤمنون بدين نبيّ ويقرّون بكتاب) لأنهم من أهل الكتاب (وإن كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم تجز مناكحتهم) لأنهم مشركون ، والخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم ، فكل أجاب على ماوقع عنده ، وعلى هذا حل ذبيحتهم . قال(ويجوز للمحرم والمحرمة أن يتزوجا فى حالة الإحرام) وقال الشافعى رحمه الله : لايجوز ،وتزويج الولىّ المحرم وليته على هذا الخلاف.

[فرع] تجوز المناكحة بين اليهود والنصارى والمجوس بمعنى تزوج اليهودى نصرانية أو مجوسية والمجوسى يهودية أو نصرانية لأنهم أهل ملة واحدة من حيث الكفر وإن اختلفت نحلهم ، فتجوزمناكحة بعضهم بعضا كأهل المذاهب من المسلمين . وأجاز سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس وعمرو بن دينار وطء المشركة والمجوسية بملك اليمين لورود الإطلاق فى سبايا العرب كأوطاس وغيرها وهنّ مشركات . والمذهب عندنا وعند عامة أهل العلم منع ذلك لقوله تعالى ـ ولا تنكحوا المشركات ـ فإما أن يراد الوطء أوكل منه ومن العقد بناء على أنه مشترك فى سياق النفى أو خاص فى الضم وهو ظاهر فى الأمرين ، ويمكن كون سبايا أوطاس أسلمن (قوله ويجوز تزويج الصابئات إن كانوا يؤمنون بدين نبىّ ويقرّون بكتاب) وإن عظموا الكواكب كتعظيم المسلم الكعبة ، بهذا فسرهم أبوحنيفة فبنى عليه الحل ، وفسراهم بعبدة الكواكب فبنيا عليه الحرمة ،وقيل فيهم الطائفتان ، وقيل فيهم غير ذلك ، فلو اتفق على تفسيرهم اتفق على الحكم فيهم (قوله للمحرم والمحرمة أن يتزوجا حالة الإحرام) وفيه خلاف الثلاثة (وتزويج الولى المحرم مولاته على هذا الخلاف) تمسكوا بقوله صلى الله عليه وسلم

وسرى ذلك إلى الفعلين ثم ترك المشبه وذكر المشبه به كما عرف فى علم البيان . فإن قيل : اتخاذهم ذلك أربابا عين الشرك لامشبه به . قلت : فيه الاستعارة التصريحية ، فإنهم لم يجعلوهم أربابا حقيقة وإنما كانوا يعظمونها تعظيم الأرباب . فإن قلت : فما تقول فى تأويل ابن عمر لقوله تعالى ـ والمحصنات من المؤمنات ـ باللاتى أسلمن من أهل الكتاب ؟ قلت : لسنا نأخذ به لعرائه إذ ذاك عن الفائدة ، فإن غير الكتابية أيضا إذا أسلمت حل نكاحها ، وقد جاء عن حذيفة أنه تزوج يهودية ، وكذا عن كعب بن مالك . قال (ويجوز تزويج الصابئات إن كانوا يؤمنون بدين نبى) الصابئات ،من صبأ: إذا خرج من الدين ، وهم قوم عدلوا عن دين اليهودية والنصرانية وعبدوا الكواكب . وذكر فى الصحاح أنهم جنس من أهل الكتاب ، والتفصيل المذكور فى حكمهم مبنى على هذين التفسيرين . وقوله (والخلاف المنقول فيه) يعنى بين أبى حنيفة وصاحبيه أن أنكحتهم صحيحة عنده خلافا لهما (محمول على اشتباه مذهبهم ، فكل أجاب بما وقع عنده) وقع عند أبى حنيفة أنهم من أهل الكتاب يقرءون الزبور ولا يعبدون الكواكب لكنهم يعظمونها كتعظيمنا القبلة فى الاستقبال إليها . ووقع عندهما أنهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم فصاروا كعبدة الأوثان ، فإذا لاخلاف بينهم فى الحقيقة ، لأنهم إن كانوا كما قال به أبو حنيفة جازت مناكحتهم عندهما أيضا ، وإن كانوا كما قالا فلا تجوز مناكحتهم عنده أيضا . وحكم ذبيحتهم على هذا . قال (ويجوز تزويج المحرم والمحرمة فى حالة الإحرام. وقال الشافعىّ لايجوز ،وتزويج الولىّ المحرم وليته على هذا الخلاف)

لمن يشاء ـ وقولهُ تعالى ـ لقد كفر الذين قالوا إن الله ثالث ثلاثة وما من إله إلا إله واحد ـ يدل على أنهم مشركون ، وتقرير النهاية أوضح منه حيث قال : علم من العطف أن معنى الإشراك صار مغلوبا فيهم ولم يلتفت لوجوده . وفى فتح القدير: المعهود من إرادة الشارع بالمشرك من عبد مع الله غيره ممن لايدعى اتباع نبى ولا كتاب ولذلك عطفهم عليهم فى قوله تعالى ـ لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب ـ الآية (قوله فإن قلت : فما تقول فى تأويل ابن عمر رضى الله عنهما) أقول : فيه بحث ، فإن تأويل ابن عمر رضى الله عنهما ليس فى قوله تعالى ـ والمحصنات من المؤمنات ـ بل فى قوله عز وجل ـ والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب ـ .

له قوله صلى الله عليه وسلم « لاينكح المحرم ولا ينكح » ولنا ما روى « أنه صلى الله عليه وسلم تزوّج بميمونة وهو محرم » وما رواه محمول على الوطء؛

« لا ينكح المحرم ولا ينكح » رواه الجماعة إلا البخارى عن أبان بن عثمان بن عفان قال: سمعت أبي عثمان بن عفان يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لاينكح المحرم ولا ينكح » زاد مسلم وأبو داود فى رواية « ولا يخطب » وزاد ابن حبان فى صحيحه « ولا يخطب عليه » وفى موطإ مالك عن داود بن الحصين : أن أبا غطفان المرى أخبره أن أباه طريفا تزوّج امرأة وهو محرم ، فرد عمر بن الخطاب نكاحه .ولنا ما رواه الأئمة الستة فى كتبهم عن طاوس عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : « تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم ميمونة وهو محرم » زاد البخارى فى جامعه فى باب عمرة القضاء فى كتاب المغازى : « وبنى بها وهو حلال » وماتت بسرف وله أيضا عنه ولم يصل سنده به قال : « تزوّج النبيّ صلى الله عليه وسلم ميمونة رضى الله عنها فى عمرة القضاء » وما عن يزيد بن الأصم أنه تزوّجها وهو حلال لم يقو قوّة هذا فإنه مما اتفق عليه الستة .وحديث يزيد لم يخرجه البخارى ولا النسائى ، وأيضا لايقاوم بابن عباس حفظا وإتقانا ، ولذا قال عمرو بن دينار للزهرى : وما يدرى ابن الأصم أعرابى كذا وكذا لشىء قاله أتجعله مثل ابن عباس ، وما روى عن أبى رافع « أنه صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو حلال وبنى بها وهو حلال وكنت أنا الرسول بينهما » لم يخرّج فى واحد من الصحيحين وإن روى فى صحيح ابن حبان فلم يبلغ درجة الصحة ، ولذا لم يقل الترمذى فيه سوى حديث حسن . قال : ولا نعلم أحدا أسنده غير حماد عن مطر . وما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم تزوّج ميمونة وهو حلال فمنكر عنه لايجوز النظر إليه بعد ما اشتهر إلى أن كان أن يبلغ اليقين عنه فى خلافه . ولذا بعد أن أخرج الطبرانى ذلك عارضه بأن أخرجه عن ابن عباس رضى الله عنه من خمسة عشر طريقا « أنه تزوّجها وهو محرم » وفى لفظ « و هما محرمان » وقال : هذا هو الصحيح . وما أوّل به حديث ابن عباس بأن المعنى وهو فى الحرم ، فإنه يقال أنجد إذا دخل أرض نجد ، وأحرم إذا دخل أرض الحرم بعيد . ومما يبعده حديث البخارى « تزوّجها وهو محرم وبنى بها وهو حلال » والحاصل أنه قام ركن المعارضة بين حديث ابن عباس وحديثى يزيد بن الأصم وأبان بن عثمان بن عفان ، وحديث ابن عباس أقوى منهما سندا ، فإن رجحنا باعتباره كان الترجيح معنا ، ويعضده ما قال الطحاوى روى أبو عوانة عن مغيرة عن أبى الضحى عن مسروق عن عائشة رضى الله عنها قالت : « تزوّج رسول الله صلى الله عليه وسلم بعض نسائه وهو محرم » قال : ونقلة هذا الحديث كلهم ثقات يحتج برواياتهم اهـ . وهذا الحديث أخرجه أيضا البزار ، قال السهيلى : إنما أرادت نكاح ميمونة ولكنها لم تسمها ، وبقوّة ضبط الرواة وفقههم فإن الرواة عن عثمان وغيره ليسوا كمن روى عن ابن عباس ذلك فقها وضبطا كسعيد بن جبير وطاوس وعطاء ومجاهد وعكرمة وجابر بن زيد ، وإن تركناها تساقط للتعارض وصرنا إلى القياس فهو معنا لأنه عقد كسائر العقود التى يتلفظ بها من شراء الأمة للتسرّى وغيره ، ولا يمتنع شىء من العقود بسبب الإحرام ، ولو حرم لكان غايته أن ينزل منزلة نفس الوطء وأثره فى إفساد الحج لا فى بطلان العقد نفسه . وأيضا لو لم يصح لبطل عقد المنكوحة سابقا لطروّ الإحرام لأن المنافى للعقد يستوى فى الابتداء والبقاء كالطارئ على العقد ، وإن رجحنا من حيث المتن كان معنا لأن رواية

له ماروى عن عثمان بن عفان قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لاينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب » (ولنا ماروى ابن عباس « أنه صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو محرم ») قال أبو عيسى الترمذى :

(ويجوز تزويج بالأمة مسلمة كانت أو كتابية) وقال الشافعي رحمه الله : لايجوز للحرّ أن يتزوّج بأمة كتابية لأن جواز نكاح الإماء ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق ، وقد اندفعت الضرورة

ابن عباس رضى الله عنهما نافية ورواية يزيد مثبتة ، لما عرف أن المثبت هو الذى يثبت أمرا عارضا على الحالة الأصلية والحل الطارئ على الإحرام كذلك ، والنافى هو المبقيها لأنه ينفى طروّ طارئ ، ولا شك أن الإحرام أصل بالنسبة إلى الحل الطارئ عليه ، ثم إن له كيفيات خاصة من التجرد ورفع الصوت بالتلبية فكان نفيا من جنس مايعرف بدليله فيعارض الإثبات فيرجح بخارج وهو زيادة قوّة السند وفقه الراوى على ماتقدم . هذا بالنسبة إلى الحل اللاحق ، وأما على إرادة الحل السابق على الإحرام كما فى بعض الروايات « أنه صلى الله عليه وسلم بعث أبا رافع مولاه ورجلا من الأنصار فزوّجاه ميمونة بنت الحرث ورسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدينة قبل أن يحرم » كذا فى معرفة الصحابة للمستغفرى ؛ فابن عباس مثبت ويزيد ناف ، فيرجح حديث ابن عباس بذات المتن لترجح المثبت على النافى ، ولو عارضه بأن كان نفى يزيد مما يعرف بدليله لأن حالة الحل تعرف أيضا بالدليل وهى هيئة الحلال فالترجيح بما قلنا من قوّة السند وفقه الراوى لا بذات المتن . وإن وفقنا لدفع التعارض فيحمل لفظ التزوّج فى حديث ابن الأصم على البناء بها مجازا بعلاقة السببية العادية ، ويحمل قوله صلى الله عليه وسلم « لاينكح المحرم » إما على نهى التحريم والنكاح للوطء . والمراد بالجملة الثانية التمكين من الوطء والتذكير باعتبار الشخص : أى لاتمكن المحرمة من الوطء زوجها . والعجب ممن يضعف هذا الوجه بأن التمكين من الوطء لايسمى نكاحا مع أن اللازم الإنكاح لا النكاح . وأما استبعاده باختلاله عربية فليس بواقع لأن غاية ما فيه دخول لا الناهية على المسند للغائب وهو جائز عند المحققين وإن كان غيره أكثر ، وعلى النفى فيه التذكير وفيه ذلك التأويل ، أو على نهى الكراهية جمعا بين الدلائل وذلك لأن المحرم فى شغل عن مباشرة عقود الأنكحة لأن ذلك يوجب شغل قلبه عن الإحسان فى العبادة لما فيه من خطبة ومراودات ودعوة واجتماعات ويتضمن تنبيه النفس لطلب الجماع وهذا محمل قوله « ولا يخطب » ولا يلزم كونه صلى الله عليه وسلم باشر المكروه لأن المعنى المنوط به الكراهة ، وهو عليه الصلاة والسلام منزّه عنه . ولا بعد فى اختلاف حكم فى حقنا وحقه لاختلاف المناط فينا وفيه ، كالوصال نهانا عنه وفعله (قوله ويجوز تزويج الأمة مسلمة كانت أو كتابية الخ) قيد الحر غير مفيد لأن

حديث ابن عباس حسن صحيح . فإن قلت : النكاح مما يثبت به حرمة المصاهرة فيجب أن لايجوز على المحرم قياسا على الوطء إذا كان الحديثان متعارضين . قلت : ماروواه محمول على الوطء : أى لايطأ ولا تمكنه المرأة أن يطأها كما هو فعل البعض ، وكان القياس بعد ذلك فى مقابلة النص وهو فاسد (ويجوز تزويج الأمة مسلمة كانت أو كتابية . وقال الشافعى : لايجوز للحر أن يتزوّج بأمة كتابية لأن جواز نكاح الإماء ضرورى عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق) إذ الولد يتبع الأم فى الرق وما يثبت لضرورة يتقدّر بقدرها ، والضرورة تندفع بالمسلمة

(قوله فإن قلت : النكاح مما تثبت به حرمة المصاهرة فيجب أن لايجوز على المحرم قياسا على الوطء الخ) أقول : إذا نزل منزلة الوطء نفسه يكون أثره فى إفساد الحج لافى بطلان العقد (قوله قلت ماروواه محمول على الوطء ، إلى قوله : وهو فاسد) أقول : مع أن القياس غير صحيح والقياس الصحيح معنا لأنه عقد كسائر العقود التى يتلفظ بها من شراء الأمة للتسرى وغيره ولايمتنع شىء من العقود بسبب الإحرام . قال الإتقانى : قوله ماروواه محمول على الوطء : أى لايطأ المحرم ولاتمكنه المحرمة من نفسها لتوطأ ، ولا يخطب : أى لايلتمس الوطء اه . ولايلزم أن يكون ولا تنكح بالتاء لأن المحرم يتناول المحرمة أيضا لكونه فى تأويل من يحرم أو الشخص فتأمل .

بالمسلمة ولهذا جعل طول الحرة مانعا منه . وعندنا الجواز مطلق لإطلاق المقتضى ، وفيه امتناع عن تحصيل الجزء الحر لا إرقاقه وله أن لايحصل الأصل فيكون له أن لايحصل الوصف

الشافعى لايجيز للعبد المسلم الأمة الكتابية فكان الصواب إبداله بالمسلم . وعن مالك وأحمد كقوله ، وعنهما كقولنا . له قوله تعالى ـ ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات ـ الآية استفيد منها عدة أحكام : عدم جواز نكاح الأمة مطلقا عند طول الحرة بمفهوم الشرط وعدم جواز النكاح الأمة مطلقا حين لاضرورة من خشية العنت لقوله تعالى ـ ذلك لمن خشى العنت منكم ـ فاستنبطنا من قصر الحل على الضرورة معنى مناسبا وهو ما فى نكاح الأمة من تعريض الولد على الرق الذى هو موت حكما . وعدم جواز الأمة الكتابية مطلقا بمفهوم الصفة فى قوله ـ من فتياتكم المؤمنات ـ وأيضا إذا لم تجز الأمة إلا للضرورة فالضرورة تندفع بالمسلمة . وعندنا الجواز مطلق فى حالة الضرورة وعدمها فى المسلمة والكتابية وعند طول الحرة وعدمه لإطلاق المقتضى من قوله تعالى ـ فانكحوا ماطاب لكم من النساء ـ وأحل لكم ما وراء ذلكم ـ فلا يخرج منه شىء إلا بما يوجب التخصيص . ولم ينتهض ماذكروا حجة مخرجة . أما أولا فالمفهومان : أعنى مفهوم الشرط والصفة ليسا بحجة عندنا وموضعه الأصول ، وأما ثانيا فبتقدير الحجية مقتضى المفهومين عدم الإباحة الثابتة عند وجود القيد المبيح . وعدم الإباحة أعم من ثبوت الحرمة أو الكراهة ، ولا دلالة للأعم على أخص بخصوصه فيجوز ثبوت الكراهة عند عدم الضرورة وعند وجود طول الحرة ، كما يجوز ثبوت الحرمة على السواء والكراهة أقل فتعينت فقلنا بها ، وبالكراهة صرح فى البدائع . وأما تعليل عدم الحل عند عدم الضرورة بتعريض الولد على الرق لتثبت الحرمة بالقياس على أصول شتى أو لتعيين أحد فردى الأعم الذى هو عدم الإباحة وهو التحريم مرادا بالأعم ، فإن عنوا أن فيه تعريض موصوف بالحرية على الرق سلمنا استلزامه للحرمة ، ولكن وجود الوصف ممنوع ، إذ ليس هنا متصف بحرية عرض للرق بل الوصفان من الحرية والرق يقارنان وجود الولد باعتبار أمه ، إن كانت حرة فحر أو رقيقه فرقيق ، وإن أرادوا به تعريض الولد الذى سيوجد لأن يقارنه الرق فى الوجود لا إرقاقه سلمنا وجوده ومنعنا تأثيره فى الحرمة بل فى الكراهة . وهذا لأنه كان له أن لا يحصل الولد أصلا بنكاح الآيسة ونحوها ، فلأن يكون له أن يحصله رقيقا بعد كونه مسلما أولى ، إذ المقصود بالذات من التناسل إنما هو تكثير المقرين لله تعالى بالوحدانية والألوهية وما يجب أن يعترف له به ؛ وهذا ثابت بالولد المسلم ، والحرية مع ذلك كمال يرجع أكثره إلى أمر دنيوى ، وقد جاز للعبد أن يتزوج أمتين بالاتفاق مع أن فيه تعريض الولد على الرق فى موضع الاستغناء عن ذلك وعدم الضرورة ، وكون العبد أبا لا أثر له فى ثبوت رق الولد ، فإنه لو تزوج حرة كان ولده حرا ، والمانع إنما يعقل كونه ذات الرق لأنه هو الموجب

فلا حاجة إلى الكتابية (ولهذا) أى ولكونه ضروريا عنده (جعل طول الحرة مانعا منه) أى تزوج الأمة لاندفاع الضرورة بالقدرة على تزوج الحرة (وعندنا جواز نكاح الأمة مطلق) مسلمة كانت أو كتابية (لإطلاق المقتضى) وهو قوله تعالى ـ فانكحوا ماطاب لكم من النساء ـ وقوله ـ وأحل لكم ماوراء ذلكم ـ وانتفاء المانع الذى هو أبداه وهو تعريض الجزء على الرق (لأن فيه) أى فى الإقدام على نكاح الأمة (امتناعا عن تحصيل الجزء الحر لا إرقاقه) لأنه لم يوجد بعد ، وبعد وجود الماء فهو موات لا يوصف بالرق والحرية إلا بطريق التبعية ، والامتناع

(قال المصنف : ولهذا جعل طول الحرة مانعا منه) أقول : وفيه بحث ، لأن ذلك لمفهوم الشرط عنده .

(ولا يتزوّج أمة على حرة) لقوله صلى الله عليه وسلم « لاتنكح الأمة على الحرة » وهو بإطلاقه حجة على الشافعي رحمه الله فى تجويزه ذلك للعبد ،

للنقص الذى جعلوه محرما لا مع قيد حرية الأب فوجب استواء العبد والحر فى هذا الحكم ، لو صح ذلك التعليل : أعنى تعليل الحرمة بالتعريض للرق ثم بعد وجود شرط تزوّج الأمة عند الشافعى من عدم وجود طول الحرة شرط أن لاتكون جارية ابنه : أى ملك الابن ، قال فى خلاصتهم : لو أنه استولدها قبل النكاح صارت أم ولده فنزل ملك ولده منزلة ملكه ، وعندنا لاملك للأب من وجه أصلا وإلا لحرمت على الابن (قوله ولا يتزوّج أمة على حرة لقوله صلى الله عليه وسلم « لاتنكح الأمة على الحرة ») أخرج الدارقطنى عن عائشة رضى الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « طلاق العبد اثنتان » الحديث ، إلى أن قال « وتتزوّج الحرة على الأمة ، ولا تتزوّج الأمة على الحرة » وفيه مظاهر بن أسلم ضعيف . وأخرج الطبرى فى تفسيره فى سورة النساء بسنده إلى الحسن « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن تنكح الأمة على الحرة . قال : وتنكح الحرة على الأمة » . قال : وهذا مرسل الحسن . ورواه عبد الرزاق عن الحسن أيضا مرسلا ، وكذا رواه ابن أبى شيبة عنه . وأخرج عبد الرزاق ، أخبرنا ابن جريج ، أخبرنى أبو الزبير أنه سمع جابر بن عبد الله يقول : « لاتنكح الأمة على الحرة ، وتنكح الحرة على الأمة » . وأخرج عن الحسن وابن المسيب نحوه . وأخرج ابن أبى شيبة عن علىّ رضى الله عنه : لاتنكح الأمة على الحرة . « وأخرج عن ابن مسعود نحوه . وأخرج ابن أبى شيبة : حدثنا عبدة عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال : « تتزوّج الحرة على الأمة ، ولا تتزوّج الأمة على الحرة » . وعن مكحول نحوه . فهذه آثار ثابتة عن الصحابة والتابعين رضى الله عنهم تقوّى الحديث المرسل لو لم يقل بحجيته فوجب قبوله ، ثم اعتضد باتفاق العلماء على الحكم المذكور وإن اختلفت طرق إضافتهم ، فإن الثلاثة أضافوه إلى مفهوم قوله تعالى ـ ومن لم يستطع منكم طولا ـ الآية ، وذلك أن تزوج الأمة على الحرة يكون عند وجود طول الحرة فلا يجوز اتفاقا . وقوله (وهو حجة على الشافعى فى إجازة ذلك للعبد) يعنى حجة جبرا لأنا أقمنا الدليل على جوازه بل وجوب الاحتجاج بالمرسل بعد ثقة رجاله ، ولأنه يرى حجيته إذا اقترن بأقوال الصحابة ، وهنا كذلك فإنه قد ثبت ذلك عن على وجابر على الإطلاق كما بينا ، وكذا يرى حجيته إذا أفتى به جماعة من أهل العلم وهنا كذلك ، وهذا كله نص الشافعى فى الرسالة فإنه قال : وإن لم يوجد ذلك : يعنى تعدد المخرج نظر إلى بعض مايروى عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قولا له ، فإن وجد مايوافق ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت هذه دلالة على أنه

عنه ليس بمانع شرعا لأن له أن لايحصل الأصل بالعزل برضا المرأة وبتزوج العجوز والعقيم فلأن يكون له أن لايحصل وصف الحرية بتزوّج الأمة أولى (ولا يتزوّج أمة على حرة) سواء كان حرا أو عبدا ، وقال الشافعى : يجوز ذلك للعبد . وقال مالك : يجوز برضا الحرة . وجه قول الشافعى أن تزوّج الأمة ممنوع لمعنى فى المتزوّج إذا كان حرا وهو تعريض جزئه على الرق مع الغنية عنه وهو لايوجد فى حق العبد لأنه رقيق بجميع أجزائه . ووجه قول مالك أن المنع لحق الحرة فإذا رضيت فقد أسقطت حقها . ولنا ماذكره محمد بن الحسن فى مبسوطه : بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « لاتنكح الأمة على الحرة » وهو بإطلاقه حجة عليهما لأن الرأى فى مقابلة النص غير معتبر . فإن قلت : جوزتم نكاح الأمة مسلمة كانت أو كتابية بإطلاق المقتضى على ماتلوتم فهلا جوزتم نكاحها على الحرة بذلك ؟ قلت : جوزنا هناك لوجود المقتضى وانتفاء المانع وههنا وإن كان المقتضى

وعلى مالك فى تجويزه ذلك برضا الحرة ، ولأن للرق أثرا فى تنصيف النعمة على مانقرره فى كتاب الطلاق إن شاء الله فيثبت به حل المحلية فى حالة الانفراد دون حالة الانضمام

لم يرسل إلا عن أصل يصح إن شاء الله . وكذلك إن وجد عوام من أهل العلم يفتون بمثل معنى ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم اه . وبه يخص قوله تعالى ـ وأحل لكم ماوراء ذلكم ـ إذ قد أخرج منه ماقدمنا . وفيه نظر ، فإن إخراج المشركات والمجوسيات بطريق النسخ على ما قالوا والمجوسيات مشركات والناسخ لايصير العام به ظنيا فلا يخص بعده بخبر واحد أو قياس . وما قيل إنه مخصوص منه الجمع بين الأختين فغلط ، لأن قوله تعالى ـ وأحل لكم ما وراء ذلكم ـ لم يتناول الجمع ليتحقق إخراجه لأنه مما قدم ذكره مع المحرمات ثم قال ـ وأحل لكم ما وراء ذلكم ـ أى ماوراء المذكورات فلم يتناوله أصلا ، وإذا كان كذلك والحديث مطلق فيشمل العبد فإخراجه يستدعى ثبتا ولم يثبت إذ إضافة إخراجه إلى تخصيص العلة التى ادعوا أنها موثرة لحرمة نكاح الأمة عند طول الحرة بغير العبد لم يثبت له وجه لما علمت أنه بتقدير صحتها يجب استواء الحر والعبد فيها . لأن المعقول تأثير ذات الرق فى المنع عند عدم الضرورة ووجود الطول (قوله وعلى مالك فى تجويزه ذلك برضا الحرة) مالك رحمه الله يقول بحجية المرسل إذا صح طريقه إلى التابعى ؛ لكنه علله بإغاظة الحرة بإدخال ناقصة الحال عليها ، فإذا رضيت انتفى ما لأجله المنع فيجوز وهذا استنباط معنى يخصص النص ، فإن لم يكن منصوصا ولا مومى إليه كان تقديما للقياس على لفظ النص وهو ممنوع عندنا بل العبرة فى المنصوص عليه لعين النص لا لمعناه ، ثم بتقدير جواز ذلك فتعليله بما ظهر أثره وهو تنصيف النعمة بالرق الذى ظهر أثره فى الطلاق والعدة والقسم أولى ؛ فيكون المنع باعتبار التعليل به للتنصيف فى أحوال نكاح الأمة . بيانه أن الحل الثابت فى النكاح نعمة ، وتبين أن الرق منصف ماذكرنا من متعلقات النكاح لما لم يمكن تنصيف نفس الحل ، على أنه لو قيل بل نصف الحل أيضا وهو تنصيف القسم إذ يحرم عليه الاستمتاع بها فى غير ليلتها لأمكن ؛ فيظهر أن حكم هذا الحديث لإرادة تنصيف الأحوال جريا على ما استقر منوطا بالرق ، وذلك أن لنكاحها حالتى انضمام إلى نكاح حرة سابقة وانفراد عنه ، فالتنصيف إذا كان إمكان الحالتين قائما بتصحيح نكاحها فى حالة دون حالة ، وتصحيح نكاح الحرة فى الحالتين حالة الانفراد

موجودا لكن المانع غير منتف ، وهو الذى أشار إليه المصنف بقوله (ولأن للرق أثرا فى تنصيف النعمة على ماتقرر فى الطلاق فيثبت به حل المحلية فى حالة الانفراد دون حالة الانضمام) ولا علينا أن نقرره ههنا . وتقريره أن الحل الذى ينبنى عليه عقد النكاح نعمة جديدة فى جانب الرجال والنساء جميعا ، وكما يتنصف ذلك الحل برق الرجل حتى يتزوج العبد ثنتين والحر أربعا فكذلك يتنصف برق المرأة لأن الرق هو المنصف وهو يشملهما ، ولا يمكن إظهار هذا التنصيف فى جانبها بنقصان العدد لأن المرأة الواحدة لاتحل إلا لواحد ، فظهر التنصيف باعتبار الحالة ، فبعد ذلك نقول : الأحوال ثلاث : حال ما قبل نكاح الحرة ، وحال ما بعده ، وحال المقارنة ، ولكن الحال الواحدة لاتحتمل التجزى فتغلب الحرمة على الحل فتجعل محللة سابقة على الحرة ومحرمة مقترنة بالحرة أو متأخرة عنها ، وهذا المعنى وهو بطلان التنصيف بالرق الثابت بالدليل القطعى مانع عن العمل بإطلاق المقتضى فتأمل فإنه غريب

(قوله وهو الذى أشار إليه المصنف بقوله ولأن للرق أثرا فى تنصيف النعمة الخ) أقول : فعلى هذا يكون مجموع الحديث وكون الرق منصفا دليلا واحدا على المطلوب ، وظاهر كلام المصنف خلافه (قوله وهذا المعنى وهو بطلان التنصيف ، إلى قوله : فتأمل فإنه غريب) أقول : فيه بحث .

(ويجوز تزويج الحرة عليها) لقوله صلى الله عليه وسلم « وتنكح الحرة على الأمة » ولأنها من المحللات فى جميع الحالات إذ لامنصف فى حقها **(فإن تزوّج أمة على حرة فى عدة من طلاق بائن أو ثلاث لم يجز عند أبى حنيفة رحمه الله ، ويجوز عندهما)** لأن هذا ليس بتزوّج عليها وهو المحرم ، ولهذا لو حلف لايتزوج عليها لم يحنث بهذا . ولأبى حنيفة رحمه الله أن نكاح الحرة باق من وجه لبقاء بعض الأحكام فيبقى المنع احتياطا ، بخلاف اليمين لأن المقصود أن لايدخل غيرها فى قسمها

والانضمام إلى أمة سابقة ثم عين الشرع للمنع حالة الانضمام إلى الحرة لما فى اعتبار نقصها عن الحرة فى كثير من الأحكام من مناسبة ذلك . ولا يبعد أن لزيادة غيظ الحرة زيادة معتبرة دخلا أيضا . أما أصل غيظها فلا أثر له فإنه يحصل بإدخال الحرة أيضا على الأمة . وعلى هذا التقرير يندفع من الأصل مايورد من أن الانضمام يصدق على ما إذا أدخل الحرة أيضا على الأمة فيلزم أن يفسد نكاح الأمة بإدخال الحرة عليها . ويجاب بأن الانضمام يقوم بالمتأخر لأنه المنضم إلى غيره ثم يتعلق بالمتقدم . ومنهم من جعل منع إدخال الأمة بالنص على خلاف القياس . وتعليل الكرخى أن بنكاح الحرة يثبت لنسله حق الحرية ، وحق الحرية لايجوز إبطاله بعد ثبوته ، فأما بمجرد طول الحرة قبل نكاحها فلا يثبت للنسل ذلك . هذا وأما حالة المقارنة وهو أن يتزوّج حرة وأمة فى عقدة فيجتمع فى الأمة محرم ومبيح فتحرم . واعلم أن التعليل فى الأصل إنما هو للقياس ، ويستدعى أصلا يلحق به منصوصا أو مجمعا عليه فيمكن جعله هنا تنصيف الطلاق والعدة (قوله فإن تزوّج أمة على حرة الخ) وكذا المدبرة وأم الولد قيد بالبائن لأن فى عدة الرجعى لايجوز نكاح الأمة اتفاقا ، وقولهما قول ابن أبى ليلى لأن المحرم ليس الجمع ليمتنع فى عدة البائن كالأخت فى عدة الأخت وإلا حرم إدخال الحرة عليها بل تزوّج الأمة على الحرة وهو منتف . لايقال : تزوج عليها إذا تزوّج وهى مبانة معتدة ، ولذا لو حلف لايتزوّج على امرأته فتزوّج وهى معتدة عن بائن لم يحنث ، وكذا جاز نكاح الأمة فى عدة الحرة من نكاح فاسد أو وطء بشبهة . ولأبى حنيفة أن العدة لما كانت من آثار النكاح وباعتبارها يعد قائما من وجه كان بالتزوّج فيها متزوّجا عليها من وجه فكان حراما لأن الشبهة فى الحرمات كالحقيقة احتياطا . وأما جواز نكاح الأمة فى عدة الحرة من نكاح فاسد فقيل إنما هو قولهما لا قوله ، ولو سلم فالمنع لم يكن ثابتا بقيام النكاح الفاسد ليبقى ببقاء العدة بخلاف مانحن فيه . وأما مسئلة اليمين فإنما لايحنث فيها للعلم بأن المقصود من حلفه أن لايتزوّج عليها هو أن لايدخل عليها شريكة فى القسم ، ولأن العرف

(ويجوز تزويج الحرة عليها لقوله عليه الصلاة والسلام « وتنكح الحرة على الأمة » ولأنها من المحللات فى جميع الحالات لعدم المنصف فى حقها) فجاز العمل بإطلاق المقتضى عند انتفاء المانع (فإن تزوّج أمة على حرة فى عدّة من طلاق بائن أو ثلاث لم يجز عند أبى حنيفة ويجوز عندهما) ووجه الجانبين على ما ذكره فى الكتاب ظاهر ، ولا بدلهما من فرق بين هذه المسئلة وبين ما إذا تزوّج امرأة فى عدّة أختها من طلاق بائن فإنهما لم يجوزاه كأبى حنيفة وقالوا فى الفرق لهما : إن المحرم هناك الجمع فإذا تزوجها فى عدة أختها صار جامعا بينهما فى حقوق النكاح فلا يجوز ، وأما هذا المنع فليس لأجل الجمع ، فإنه لو تزوّج الأمة ثم الحرة صح نكاحهما ، ولكنه باعتبار إدخال ناقصة الحال على كاملة الحال وهذا لايوجد بعد البينونة . ولقائل أن يقول : نكاح الأولى قائم مادامت فى العدة أولا ، فإن كان الأول ورد عليهما هذه المسئلة ، وإن كان الثانى فتلك المسئلة . وقد نقل فى النهاية عن المبسوط والأسرار

(وللحر أن يتزوّج أربعا من الحرائر والإماء ، وليس له أن يتزوّج أكثر من ذلك) لقوله تعالى ـ فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ـ والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه .

أن لايسمى متزوجا عليها بعد الإبانة إلا إذا كان من كل وجه وذلك حال قيام العصمة (قوله من الحرائر والإماء) أى جمعا وتفريقا ، إلا أن فى الجمع إنما يجوز إذا أخر الحرائر (قوله وليس له أن يتزوّج أكثر من ذلك) اتفق عليه الأئمة الأربعة وجمهور المسلمين ، وأما الجوارى فله ماشاء منهن . وفى الفتاوى : رجل له أربع نسوة وألف جارية ، أراد أن يشترى جارية أخرى فلامه رجل آخر يخاف عليه الكفر . وقالوا : إذا ترك أن يتزوج كى لايدخل الغم على زوجته التى كانت عنده كان مأجورا . وأجاز الروافض تسعا من الحرائر . ونقل عن النخعى وابن أبى ليلى ، وأجاز الخوارج ثمانى عشرة . وحكى عن بعض الناس إباحة أىّ عدد شاء بلا حصر . وجه الأول أنه بين العدد المحلل بمثنى وثلاث ورباع بحرف الجمع والحاصل من ذلك تسع . وجه الثانى ذلك ، إلا أن مثنى وثلاث ورباع معدول عن عدد مكرر على ماعرف فى العربية فيصير الحاصل ثمانية عشر . وكأن وجه الثالث العمومات من نحو ـ فانكحوا ماطاب لكم من النساء ـ ولفظ مثنى إلى آخره تعداد عرفى له لاقيد ، كما يقال خذ من البحر ماشئت قربة وقربتين وثلاثا . ويخص الأولين تزوجه صلى الله عليه وسلم تسعا ، والأصل عدم الخصوصية إلا بدليل . والحجة عليهم أن آية الإحلال ههنا وهى قوله تعالى ـ فانكحوا ماطاب لكم من النساء ـ لم تسق إلا لبيان العدد المحلل لا لبيان نفس الحل ، لأنه عرف من غيرها قبل نزولها كتابا وسنة فكان ذكره هنا معقبا بالعدد ليس إلا لبيان قصر الحل عليه ، أو هى لبيان الحل المقيد بالعدد لا مطلقا ، كيف وهو حال مما طاب فيكون قيدا فى العامل وهو الإحلال المفهوم من فانكحوا ، ثم إن مثنى معدول عن عدد مكرر لايقف عند حد هو اثنان اثنان هكذا إلى مالا يقف ، وكذا ثلاث فى ثلاثة ثلاثة ، ومثله رباع فى أربعة أربعة ، فمؤدى التركيب على

فرق آخر أضعف من هذا فلا حاجة إلى ذكره . قال (وللحر أن يتزوّج أربعا من الحرائر والإماء) أو منهما إذا قدم الأمة على الحرة (ولا يجوز أكثر من ذلك ، قال الله تعالى ـ فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ـ) نص على العدد (والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه) وفيه بحث لأن هذا معدول وهو وصف ولهذا منع عن الصرف للعدل والوصف فكان من باب تخصيص الشىء بالذكر ، وذلك لايدل على نفى الحكم عما عداه فتثبت الزيادة بقوله تعالى ـ وأحل لكم ما وراء ذلكم ـ سلمنا أنه عدد ولكن لانسلم أن التنصيص عليه يمنع الزيادة عليه لأنه عليه الصلاة والسلام قال « إنما يغسل الثوب من خمس : من بول ، وغائط ، وقئ ، ومنىّ ، ودم » وبالاتفاق يغسل من الخمر أيضا مع أنه عليه الصلاة والسلام نص على العدد مع كلمة الحصر . والجواب عن الأول أنه بحسب الأصل من الأعداد وإن استعمل وصفا ، وعن الثانى بأن معناه إنما يغسل الثوب من خمس مما يخرج من بدن الآدمى ، لأن هذا الحديث خرج جوابا لسؤال من سأل عن النجاسة وهو منحصر على هذا العدد . فإن قيل : سلمناه لكن مقتضاه التسع أو ثمانية عشر لما أن الواو للجمع . أجيب بأن هذا الوهم هو الذى أوقع الرافضة لعنهم الله فى التسوية بينهم وبين أفضل الموجودات مع اختصاصه بذلك بفضيلة النبوّة أو ازديادهم عليه ، فإن منهم من ذهب إلى جواز التسع ، ومنهم من ذهب إلى جواز ثمانية عشر نظرا إلى معنى العدول وحرف الجمع ، ولكن ليس الأمر على ماتوهموا لأن المراد بمثل هذا الكلام أحد هذه الأعداد . قال الفرّاء : لا وجه لحمل هذا على الجمع لأن العبارة عن التسع بهذا اللفظ من العى فى الكلام والكلام الجيد منزه عن

وقال الشافعي رحمه الله : لايتزوج إلا أمة واحدة لأنه ضروري عنده . والحجة عليه ماتلونا إذ الأمة المنكوحة ينتظمها اسم النساء كما في الظهار (ولا يجوز للعبد أن يتزوّج أكثر من اثنتين) وقال مالك : يجوز لأنه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده حتى ملكه بغير إذن المولى .

هذا ماطاب لكم ثنتين ثنتين جمعا في العقد أو على التفريق وثلاثا ثلاثا جمعا أو تفريقا وأربعا أربعا كذلك ، ثم هو قيد في الحل على ماذكرنا فانتهى الحل إلى أربع مخير فيهن بين الجمع والتفريق . وأما حل الواحدة فقد كان ثابتا قبل هذه الآية بحل النكاح لأن أقل مايتصوّر بالواحدة . فحاصل الحال أن حل الواحدة كان معلوما . وهذه الآية لبيان حل الزائد عليها إلى حد معين مع بيان التخيير بين الجمع والتفريق في ذلك ، وبه يتم جواب الفريقين . أو نقول : عرف حل الواحدة بقوله تعالى ـ فإن خفتم أن لاتعدلوا فواحدة ـ فكان العدد على الوجه الذي ذكرنا محللا عند عدم خوف الجور ، ثم أفاد أن عند خوفه بقصر الحل على واحدة وإنما لم يعطف بأو فيقال أو ثلاث أو رباع ، لأنه لو ذكر بأو لكان الإحلال مقتصرا على أحد هذه الأعداد وليس بمراد ، بل المراد أن لهم أن يحصلوا هذه الأعداد إن شاءوا بطريق التثنية وإن شاءوا بطريق التثليث وإن شاءوا بطريق التربيع ، فانتفى بذلك صحة التسع والثماني عشرة ، ويدل على الخصوصية ما روى الترمذي عن عبد الله بن عمر « أن غيلان بن سلمة الثقفي أسلم وله عشر نسوة في الجاهلية فأسلمن معه ، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يتخير منهن أربعا » ومثله وقع لفيروز الديلمي وقيس بن حارثة . والمراد من قوله والتنصيص على العدد يمنع الزيادة العدد المذكور : يعني التنصيص على هذا العدد ، فكان اللام للعهد الذكرى أو الحضوري ، وإنما كان هذا العدد يمنع الزيادة وإن كان من حيث هو عدد لايمنعها كما في قوله صلى الله عليه وسلم « ثلاث جدهن جدّ وهزلهن جدّ : النكاح ، والطلاق ، والرجعة » حيث ألحق بها اليمين والنذر والعتق لوقوعه حالا قيدا في الإحلال على ماقررنا ، وبه يندفع الإيراد بأنه من حيث هو عدد لايمنع كما ذكرنا . والحاصل أنه قد تمتنع معه الزيادة والنقص كعدد ركعات الصلاة وقد لا ولا نحو سبعين مرة في قوله تعالى ـ استغفر لهم ـ الآية ، وقد تمتنع الزيادة كما ذكرنا أو النقص فقط كما في أقل الحيض وشيء من ذلك ليس لذات العدد بل لخوارج كمنع الزيادة هنا لتقييد الحل وفي كل موضع يطلب السبب (قوله والحجة عليه ماتلوناه) وهو عموم ـ ماطاب لكم من النساء ـ مقتصرا على العدد المذكور ، وقوله إذ الأمة والمنكوحة يريد بالمنكوحة الحرة ، وإلا فالمنكوحة لاتنافي الأمة مع أن المراد هنا بالأمة ليس إلا الأمة المنكوحة ، وفي كثير من النسخ المنكوحة على الصفة . واعترض بأن المراد الاستدلال بجواز تزوّج الإماء أكثر من واحدة لتناول اسم النساء ذلك . وعلى ماقال من وجه التناول يلزم نكاح المنكوحة والمنكوحة لاتنكح ، فكان ينبغي أن لايذكر المنكوحة أصلا ، والعناية به أن يراد المنكوحة بالقوّة : أي التي يريد أن ينكحها ينتظمها الخ (قوله لأنه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده) لأن السبي لايوقع الفرقة بين المسبي وزوجته فعلم أنه لايملك إلا من حيث هو مال

ذلك ، وقد صح « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرّق بين غيلان الثقفي وبين ما زاد على الأربع من النسوة حين أسلم وتحته عشر نسوة » ولم ينقل عن أحد في حياة النبي صلى الله عليه وسلم ولا بعده إلى يومنا هذا أنه جمع بين أكثر من أربع نسوة نكاحا (وقال الشافعي : لايتزوّج إلا أمة واحدة لأنه) أي نكاح الأمة (ضروري) في حق الحر (عنده) كما تقدم والضرورة تندفع بالواحدة (والحجة عليه ماتلونا) يعني قوله تعالى ـ فانكحوا ماطاب لكم من النساء ـ فإن اسم النساء ينتظم الأمة المنكوحة ، كما في الظهار فإن آيته مذكورة بلفظ النساء ويتناول الأمة المنكوحة (ولا يجوز للعبد أن يتزوّج أكثر من ثنتين . وقال مالك : يجوز لأنه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده)

ولنا أن الرق منصف فيتزوّج العبد اثنتين والحر أربعا إظهارا لشرف الحرية . قال (فإن طلق الحر إحدى الأربع طلاقا بائنا لم يجز له أن يتزوّج رابعة حتى تنقضى عدتها)وفيه خلاف الشافعى رحمه الله وهو نظير نكاح الأخت فى عدة الأخت . قال (فإن تزوّج حبلى من زنا جاز النكاح ولا يطؤها حتى تضع حملها) وهذا عند

وبدليل أنه يملك أصل النكاح بالإذن ١ فلو كان مملوكا فى حقه لم يملكه كما لم يملك المال فلما ملكه ساوى الحر فيه . وجواب الأول أن السبى أحد أسباب ملك الرقبة فمحله المال لا النكاح فلذا لم تقع الفرقة .وجواب الثانى أن ملك أصل الشىء لايمنع التنصيف إذا تحقق مايوجبه كالأمة تملك طلب أصل الوطء من زوجها ويتنصف قسمها (قوله ولنا أن الرق منصف) توضيح مراده أن الحل الثابت بالنكاح مشترك بين الزوجين حتى إن للمرأة المطالبة بالاستمتاع ، وقدنصف الرق للمرأة مالها من ذلك الحل حتى إذا كانت تحت الرجل حرة ، وأمة يكون للحرة ليلتان وللأمة ليلة ، فلما نصف رقها مالها وجب أن ينصف رقه ماله وللحرّ تزوج أربع وللعبد ثنتان . بقى أن يستدل له بقوله تعالى ـ فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ـ نظرا إلى عموم المخاطبين فى الأحرار والعبيد كما استدل به المصنف على الشافعى فى إطلاق الزائد على الأمة نظرا إلى العموم فى الحرائر والإماء . لكن قد يقال : إن المخاطبين هم الأحرار بدليل آخر الآية وهو قوله تعالى ـ فإن خفتم أن لاتعدلوا فواحدة أو ماملكت أيمانكم ـ فإن المخاطب بهذاهم المخاطبون الأولون ولا ملك للعبد فلزم كون المراد الأحرار (قوله فإن تزوج حبلى من زنا) من غيره(جاز النكاح) خلافا لأبى يوسف ،وقول الشافعى رحمه الله كقولنا وقول الآخرين وزفر كقول أبى يوسف . أما لو كان الحبل من ناز منه جاز النكاح بالاتفاق كما فى الفتاوى الظهيرية محالا إلى النوازل . قال : رجل تزوج حاملا من زنا منه فالنكاح صحيح عند الكل ، ويحل وطؤها عند الكل . وإذا جاز فى الخلافية عندهما ولا يطؤها هل تستحق النفقة ؟ ذكر التمرتاشى لانفقة لها ، وقيل لها النفقة ،والأول أوجه لأن النفقة وإن وجبت من العقد الصحيح عندنا لكن إذا لم يكن مانع من الدخول من جهتها ، بخلاف الحائض فإن عذرها سماوى وهذا يضاف إلى فعلها الزنا ، وعن محمد كقول أبى يوسف ، وكما لايباح وطؤها لايباح دواعيه ، وقيل لا بأس بوطئها ، ونقل عن الشافعى كأنه يقيسه على التى زنت حيث جاز تزوّجها وحل وطؤها فى الحال مع احتمال العلوق ، فعلم أن العلوق من الزنا لايمنع الوطء وإلا لمنع مع تجويزه فى مقام الاحتياط وليس بشىء لأن الفرق بين المحقق والموهوم فى الشغل الحرام ثابت شرعا لورود عموم النهى فى المحقق ، وهو ماروى رويفع

لأنه يملك أصل النكاح بالإجماع ولو لم يكن بمنزلة الحر فى حق النكاح لما ملكه ، كما أنه لايملك المال ولهذا قال جاز له أن يتزوّج بغير إذن مولاه كما أن له أن يطلق بغير إذنه (ولنا أن الرق منصف) على ماسيجىء فى الطلاق كما وعده المصنف (فيتزوّج العبد اثنتين والحرّ أربعا إظهارا لشرف الحرية).وتملكه أصل النكاح لايمنع التنصيف بالرق كالأمة المنكوحة فإنها تملك طلب القسم ويتنصف قسمها . وقوله (فإن طلق الحر) ظاهر قال(فإن تزوّج حبلى من الزنا) الحامل إذا تزوجت فإما أن يكون الحمل ثابت النسب أو لا . فإن كان الأول فالنكاح باطل فى قولهم جميعا ، وإن كان الثانى قال أبوحنيفة ومحمد : جاز النكاح ، ولا يطؤها حتى تضع حملها

---

(١) (قوله بالإذن) الموافق لما فى المصنف بغير إذن ، ولعله تحريف تأمل . فالحاصل أن الصواب بلا إذن بدليل ما بعده اه ، كذا بهامش نسخة العلامة البحراوى حفظه الله كتبه مصححه .

أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف رحمه الله : النكاح فاسد (وإن كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالإجماع) لأبي يوسف رحمه الله أن الامتناع فى الأصل لحرمة الحمل ، وهذا الحمل محترم لأنه لاجناية منه ، ولهذا لم يجز إسقاطه . ولهما أنها من المحللات بالنص وحرمة الوطء كي لايسقي ماءه زرع غيره ، والامتناع فى ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة للزانى (فإن تزوج حاملا من السبي فالنكاح فاسد) لأنه ثابت النسب

ابن ثابت الأنصارى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لايحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره » يعني إتيان الحبالى . رواه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن (قوله أن الامتناع فى الأصل) يعني ثابت النسب . حاصله قياس الحامل من الزنا على الحامل بثابت النسب فى حكم هو عدم صحة العقد عليهما فعين علة الأصل كون حملها محترما فيمنع ورود الملك على محله ، وهذا كذلك بدليل أنه لايجوز إسقاطه وأنه لاجناية منه فيمنع الملك . واستدل المصنف رحمه الله بعموم ـ وأحل لكم ما وراء ذلكم ـ وحين علم أنه يرد من قبل أبي يوسف أن هذا مخصوص على ماقيل فيجوز تخصيصه بالقياس احتاج إلى منع علته فقال : لانسلم أن علة المنع فى الأصل احترام الحمل بل احترام صاحب الماء وهى منتفية فى الفرع إذ لاحرمة للزانى . ومنهم من يزيد فى تعيين العلة فيقول الامتناع فى الأصل لحرمة الحمل فيصان عن سقيه بماء حرام ، وقد يزاد أيضا فيقال : فيصان عن سقيه ، ولما لم يجز الوطء لحرمة السقي لم يصح العقد لأن كل عقد لا يترتب عليه حكمه لايصح ، وهى زيادة توجب النقص إنما يحتاج إليها لو قلنا بصحة العقد وحل الوطء ولم نقل به فيقال : إن قلت لايترتب مطلقا منعناه أو فى الحال فقط منعنا اقتضاءه البطلان وإلا لم يصح نكاح الحائض والنفساء ، إلا أن أبا يوسف رحمه الله يدفع التعليل بحرمة صاحب الماء بأنه لو كان لحقه لجاز بأمره ، فالأولى تعليل المنع فى الأصل بلزوم الجمع بين الفراشين وهو السبب فى امتناع العقد على المحصنات من المؤمنات وهو منتف فى الحبلى من الزنا . وقد يقال : إن هذا الدفع مغالطة خيل أن حرمته وحقه واحد وهو معنى الحق ، وليس كذلك فإن معنى حرمته أن الشارع أثبت له من الحرمة منع العقد على محل مائه مادام قائما ؛ وحرمته لاتسقط بإذنه فى العقد ، إلا أن هذا يقتضى صحة العقد على المسبية الحامل والمهاجرة ، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله ، وأما على ظاهر المذهب فلا ، فالمطرد ماذكرنا على ما هو رواية الحسن[1] أنسب بالتعليل بحرمة صاحب الماء . واعلم أن فى سنن أبي داود عن رجل من الأنصار

(وقال أبو يوسف : النكاح فاسد لأن الامتناع فى الأصل) أى فى الحمل الثابت بالنسب إنما كان (لحرمة الحمل ، وهذا الحمل محترم لأنه لاجناية منه ، ولهذا لم يجز إسقاطه) . والحاصل أنه قاس حمل الزنا على الحمل الثابت النسب بعلة حرمة الحمل (ولهما أنها من المحللات بالنص) وهو قوله تعالى ـ وأحل لكم ما وراء ذلكم ـ وكل من كانت كذلك جاز نكاحها . فإن قلت : ما بال الحمل الثابت النسب لم يدخل تحت هذا النص ؟ قلت : لمكان قوله تعالى ـ ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ـ فإن قيل : لو كانت من المحللات لحل وطؤها بعد ورود العقد عليها . أجاب بقوله (وحرمة الوطء كي لايسقي ماءه زرع غيره) وحرمة الوطء لعارض يحتمل الزوال لايستلزم فساد النكاح كما فى حالة الحيض والنفاس . وقوله (والامتناع فى ثابت النسب) جواب عن قياس أبي يوسف . وتقريره : لا نسلم أن فساد النكاح لحرمة الحمل بل إنما هو (لحق صاحب الماء ولاحرمة لماء الزانى) وقوله (فإن تزوج حاملا من السبي) صورته أن تسبي الحربية حاملا فيريد السابي أن يتزوجها لا يجوز مالم تضع الحمل ،

---

(١) (قوله على ماهو رواية الحسن ، إلى قوله واعلم) هذه زيادة ثبتت فى بعض النسخ فحررها كتبه مصححه .

(وإن زوّج أم ولده وهى حامل منه فالنكاح باطل) لأنها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة ، فلو صح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين ، إلا أنه غير متأكد حتى ينتفى الولد بالنفى من غير لعان فلا يعتبر مالم يتصل به الحمل :

يقال له نضرة بن أكثم من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « تزوّجت امرأة على أنها بكر فى سترها ، فدخلت عليها فإذا هى حبلى ، فقال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم : لها الصداق بما استحللت من فرجها ، والولد عبد لك ، وفرّق بيننا . وقال : إذا وضعت فحدّوها » وهو ظاهر فى عدم صحة نكاح الحامل من زنا لقوله « وفرّق بيننا » إلا أن يحمل على تفريق الأبدان فقط بأن منعه من الخلوة بها إلى أن تلد ، مع أن فيه من المنسوخات جعل الولد عبدا ، إلا أن يحمل على إرادة أنه يصير يخدمك ، وهو يوافق حمل التفريق على المنع من مجرد المخالطة وهو أولى لاستبعاد إرادة جعل الولد عبدا يبيعه الزوج بالنسبة إلى مقابله لقلة نظيره فى الشرع فيجعل هذا قرينة إرادة التفريق عن المخالطة لا فى العقد . وهذا لأن الظاهر أنه إنما يكون بحيث يخدمه من غير ملك فيه إذا كان مع أمه عنده ، وهذا كله إذا ثبت هذا الحديث (قوله فالنكاح باطل) وذكر الفاسد فيما تقدم ولا فرق بينهما فى النكاح بخلاف البيع (قوله لأنها فراش لمولاها) لثبوت حدّ الفراش وهو كون المرأة متعينة لثبوت نسب ولدها من الرجل إذا أتت به ، فلو صح حصل الجمع بين الفراشين وهو سبب الحرمة فى المحصنات من النساء (قوله إلا أنه غير متأكد الخ) جواب عما قد يقال : لو كانت فراشا لم يجز تزويجها وهى حائل كما لايجوز وهى حامل : فأجاب بأن فراشها غير متأكد ، ويتأكد باتصال الحبل بها منه ، فإن الحبل مانع فى الجملة ، وكذا الفراش فيقع التأكد باجتماعهما فينتهض سببا للمنع ، بخلاف حالة عدمه . واستدل على عدم تأكده بانتفاء نسب ولدها بالنفى من غير لعان ، فظهر أن المانع ليس مطلقا بل المتأكد منه إما بنفسه وهو فراش المنكوحة أو بالحبل . قالوا : الفرش ثلاثة : قوىّ وهى المنكوحة فلا ينتفى ولدها إلا باللعان . ومتوسط وهو فراش أم الولد فيثبت نسب ولدها من غير دعوة وينتفى بمجرد النفى . وضعيف لايثبت نسب الولد منه إلا بدعوة وهو فراش الأمة التى لم يثبت لها أمومية الولد . والذى يقتضيه كلام صاحب الهداية بصريحه أن الأمة ليست بفراش أصلا على ماذكره فى المسئلة

لأن النسب من زوجها ثابت فكان الماء محترما واجب الصيانة وكذلك حكم المهاجرة . وقوله (وإن زوّج أم ولده وهى حامل منه فالنكاح باطل لأنها فراش لمولاها) لوجود حدّه وهو صيرورة المرأة متعينة لثبوت نسب الولد منه ، وكل من كانت فراشا لشخص لايجوز نكاحها لئلا يحصل الجمع بين الفراشين فإنه سبب الحرمة فى المحصنات من النساء . فإن قيل : لو كانت فراشا لبطل نكاحها حائلا أيضا . أجاب بقوله (إلا أنه غير متأكد حتى ينتفى الولد بالنفى من غير لعان) وكان فراشا ضعيفا (فلا يعتبر مالم يتصل به الحمل) لأن الحمل مانع فى الجملة ، وكذلك الفراش ، فعند اجتماعهما يحصل التأكد . فإن قيل : إذا كان غير متأكد وينتفى الولد بالنفى من غير لعان وجب أن يكون الإقدام على النكاح نفيا للنسب فإنه يقبل النفى دلالة ، كما إذا قال لجارية له ولدت ثلاثة أولاد فى بطون مختلفة هذا الأكبر منى ، فإنه ينتفى نسب الباقين ، وإذا انتفى نسبه كان حملا غير ثابت النسب ، وفى مثله يجوز النكاح كما تقدم . أجيب بأن هذه دلالة ، والدلالة إنما تعمل إذا لم يخالفها صريح ، والصريح ههنا موجود لأن

(قوله لأن النسب من زوجها ثابت فكان الماء محترما) أقول : فيه أنه لما لم يكن لصاحب الماء فينبغى أن يجوز النكاح (قوله لأنها فراش لوجود حده وهو صيرورة المرأة متعينة لثبوت نسب الولد منه) أقول : فينبغى التأويل فى قوله لأنها فراش

قال (ومن وطئ جاريته ثم زوّجها جاز النكاح) لأنها ليست بفراش لمولاها فإنها لو جاءت بولد لايثبت نسبه من غير دعوة إلا أن عليه أن يستبرئها صيانة لمائه ، وإذا جاز النكاح (فللزوج أن يطأها قبل الاستبراء) عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله : لا أحبّ له أن يطأها حتى يستبرئها لأنه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التنزّه

التي تلى هذه ، وعلله بعدم صدق حدّ الفراش عليها بقوله (فإنها لو جاءت بولد لايثبت نسبه من غير دعوة) فيلزم إما انحصاره في الفراش القوى والضعيف ، وإما اعتبار الفرش الثلاثة في أم الولد والمنكوحة ؛ فأم الولد الحائل فراش ضعيف فيجوز تزويجها ، والحامل متوسط لنوع من التأكد فيمتنع ، وحكمه انتفاء الولد بمجرد النفي ، والمنكوحة هي الفراش القوى وهو الأوجه . وأورد إذا كان ولدها ينتفي بمجرد النفي ينبغي أن يجوز النكاح ويكون نفيا دلالة ، فإن النسب كما ينتفي بالصريح ينتفي بالدلالة بدليل مسئلة الأمة جاءت بأولاد ثلاثة فادعى المولى أكبرهم حيث يثبت نسبه وينتفي نسب غيره بدلالة اقتصاره في الدعوة على بعضهم . أجيب بأن النفي دلالة إنما يعمل إذا لم يكن صريح بخلافه ، وهنا كذلك . إذ صورة المسئلة أن الحمل منه حيث قال : رجل زوّج أم ولده وهي حامل منه كذا في الظهيرية . وعلى هذا لو زوّج أم ولده وهي حامل قبل أن يعترف بالحمل بعد العلم به ينبغي أن يجوز النكاح ويكون نفيا (قوله ومن وطئ جاريته ثم زوّجها جاز النكاح لأنها ليست بفراش لمولاها) هذا تعليل للجواز بنفي جنس علة المنع من التزويج فضلا عن نفيها بعينها فلذا لايقتضي أن وجود الفراش مطلقا يمنع وإلا لمنع في أم الولد الحائل لأن علة المنع فراش مخصوص وهو القوى بنفسه أو بالتأكد لامطلق الفراش ، ثم بين نفي الفراش بنفي حده بقوله لأنها لو جاءت بولد لايثبت نسبه من غير دعوة (قوله إلا أن عليه أن يستبرئها) أي بطريق الاستحباب لا الحتم ، وليس استبراء المولى مذكورا في الجامع الصغير بل في كلام المصنف ، وصرح الولوالجي بالاستحباب (قوله وإذا جاز) يعني جاز النكاح بدون استبراء من المولى ، فإن خلاف محمد في استبراء الزوج إنما هو فيه ،

المسئلة فيما إذا كان الحمل منه فإنه قال رجل زوّج أم ولده وهي حامل منه وإنما يكون الحمل منه إذا أقرّ به ، وإنما ذكر لفظ الفاسد في المسئلتين المتقدمتين ولفظ الباطل ههنا وإن كان المراد بالفاسد هناك الباطل أيضا على ماذكره فخر الإسلام وقال : لأن ثبوت الملك في باب النكاح مع المنافي إنما هو لضرورة تحقق المقاصد من حل الاستمتاع للتوالد والتناسل ، فلا حاجة إلى عقد لايتضمن المقاصد ولا يثبت به الملك لأن الحرمة في المتقدمتين أهون ، أما في الحمل من الزنا فلأن الحرمة فيها مختلف فيها وهو ظاهر ، وأما في المسبية فكذلك على ما روى الحسن عن أبي حنيفة أنها إذا تزوجت جاز النكاح ولكن لايقربها زوجها حتى تضع حملها (ومن وطئ جاريته ثم زوّجها جاز النكاح لأنها ليست بفراش لمولاها) لعدم حدّ الفراش الذي ذكرناه (فإنها لو جاءت بولد لايثبت نسبه من غير دعوة إلا أن عليه) أي على المولى أن (يستبرئها) قال الشارحون : معنى عليه الاستحباب دون الوجوب ، وذلك لأن اللفظ غير مذكور في الجامع الصغير ، وإنما ذكره المصنف فيقال : إنه أراد به الاستحباب صيانة لمائه ، وقد صرح في فتاوى الولواجي بالاستحباب (وإذا جاز النكاح جاز للزوج أن يطأها قبل الاستبراء عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : لا أحبّ له أن يطأها حتى يستبرئها لأنه احتمل الشغل بماء المولى)

(قوله معنى عليه الاستحباب الخ) أقول : أي معنى لفظ عليه الاستحباب دون الوجوب ، إلا أنه سيجيء في باب نكاح أهل الشرك التصريح

كما فى الشراء . ولهما أن الحكم بجواز النكاح أمارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا .

ولذا قال الفقيه أبو الليث رحمه الله فى قول محمد : لا أحب له : أى للزوج أن يطأها حتى يستبرئها ، لأنه احتمل الشغل بماء المولى . هذا الخلاف فيما إذا زوّجها المولى قبل أن يستبرئها ، فلو استبرأها قبل أن يتزوّجها جاز وطء الزوج بلا استبراء اتفاقا . وقد وفق بعض المشايخ بأن محمدا رحمه الله نفى الاستحباب وهما أثبتا جواز النكاح بدونه فلا معارضة فيجوز اتفاقهما على الاستحباب فلا نزاع ، فإن لفظه فى الجامع : محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل وطئ جاريته ثم زوّجها قال : للزوج أن يطأها قبل أن يستبرئها . وقال محمد : أحب له أن لا يطأها حتى يستبرئها اه . وليس فيه استبراء المولى أصلا ، وفيه تصريح محمد بالاستحباب للزوج . قيل قوله تفسير لقول أبى حنيفة ، وقيل بل هو قوله خاصة وهو ظاهر السوق . وصريح قول المصنف لا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا يخالفه . ثم القياس المذكور لمحمد إنما مقتضاه وجوب الاستبراء فإن أصل قياسه الشراء ، وإنما يتعدى بالقياس حكم الأصل وحكمه وجوب الاستبراء ، فإن كان المصنف أخذه من كلام محمد فى بعض تصانيفه فهو يفيد الوجوب لا الاستحباب . وغاية الأمر أن قوله أحبّ إلىّ ظاهر فى الاستحباب . ودليله يوجب أن مراده الوجوب ، فاعتباره أولى لأن الاستدلال بما لا يطابق الدعوى أبعد من إطلاق أحب أن يفعل كذا فى واجب ؛ وكثيرا ما يطلق المتقدمون : أكره كذا فى التحريم أو كراهة التحريم وأحب مقابله ، فجاز أن يطلق فى مقابله وهو الوجوب . ثم لو أورد على محمد رحمه الله أن التوهم لا يصلح علة للوجوب بل للندب كما فى غسل اليدين عقيب النوم لتوهم النجاسة كان له أن يجيب بأن ذلك فى غير الفروج ، أما فيها فالمعهود شرعا جعله متعلق الوجوب ، ومنه نفس أصل هذا القياس ، فإن علة وجوب الاستبراء فى التحقيق على المشترى ليس إلا توهم الشغل بالماء الحلال . واعتبار استحداث الملك علة إنما هو لضبطه للحكمة التى هى العلة فى الحقيقة على ما عرف ، وإن كان الاستدلال من عند المصنف فهو المؤاخذ بعدم المطابقة (قوله ولهما أن الحكم بجواز النكاح أمارة الفراغ) أورد عليه أنه ممنوع ، فإن الحكم بجواز النكاح ثابت فى الحامل من الزنا ؛ ومجموع ما ذكر فيه ثلاثة أجوبة : جواب صاحب النهاية بأنه طرد لا نقض ، فإن جواز النكاح ثابت فى الصورتين بالمقتضى وهو قوله تعالى ـ وأحل لكم ماوراء ذلكم ـ إلا أن الوطء هناك حرم لوجود الشغل حقيقة كى لا يسقى ماءه زرع غيره فلم يدل جواز النكاح هناك على حل الوطء للحمل ، أما هنا لا حمل حقيقة ، فلو كان إنما كان حكما وشرعا فكان جواز النكاح شرعا

ولو تحقق الاشتغال بماء الغير كان الوطء حراما ، فإذا احتمل ذلك ثبت التنزه . (كما فى الشراء) فإن الموجب فيه احتمال الشغل ، لكن جواز الإقدام على النكاح أورث ضعفا فى السبب فيكون مستحبا . ولهما أنا قد اتفقنا على جواز النكاح من غير حبل زان ، والحكم بجواز النكاح فى مثله أمارة فراغ الرحم لأن النكاح لم يشرع إلا على رحم فارغ عن شاغل محترم ، وإن كان الرحم فارغا لا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا إذ الحكم لا يثبت بلا سبب ، وإنما قدم الاستحباب وكان حقه التأخير لأن نفيه يستلزم نفى الوجوب فكان تقديمه يوجب الاستغناء عن نفى الوجوب ، ، إما لأن الخصم يقول به فكان نفيه أهم ، وإما ليتصل بقوله بخلاف الشراء

من الشراح بوجوب الاستبراء وجوبا ضعيفا (قوله إلا على رحم فارغ عن شاغل محترم الخ) أقول : فيه نوع مخالفة لما سبق آنفا حيث أجابا عن أبى يوسف رحمه الله فى مسئلة نكاح الحامل من الزنا ، ويجوز أن يقال : المراد احترامه لصاحب الماء (قوله لأن نفيه يستلزم نفى الوجوب) أقول : ممنوع كما لا يخفى .

بخلاف الشراء لأنه يجوز مع الشغل(وكذا إذا رأى امرأة تزنى فتزوّجها حل له أن يطأها قبل أن يستبرئها عندهما ، وقال محمد : لا أحبّ له أن يطأها مالم يستبرئها) والمعنى ماذكرنا . قال (ونكاح المتعة باطل) وهو أن يقول لامرأة أتمتع بك كذا مدة بكذا من المال

أمارة الفراغ دليل فراغ الرحم حكما . وجواب شارح الكنز وغيره بتخصيص الدعوى ، فإن مرادنا أنه أمارة الفراغ عن حمل ثابت النسب . أو نقول : هو دليل الفراغ فى المحتمل لا فيما تحقق وجوده ، وإليه يرجع جواب صاحب النهاية إذا تأملت وهو الأولى : أعنى كونه دليل الفراغ فى المحتمل ومحل النزاع محتمل ،ومع الحكم بالفراغ لايثبت توهم الشغل شرعا فلا موجب لاستحباب الاستبراء ، لكن صحته موقوفة على دليل اعتبارها أمارة الفراغ عنه لأن حاصله ادعاء وضع شرعى ، والإجماع إنما عرف على مجرد الصحة ، أما على اعتبارها دليل الفراغ فى المحتمل دون المتحقق فلا . واختار الفقيه أبو الليث قول محمد رحمه الله لأنه أحوط . هذا وعند زفر لايجوز للرجل أن يتزوّجها حتى تحيض ثلاث حيض بناء على أصله وهو وجوب العدة للتزوّج بعد كل وطء ولو زنا (قوله وكذا إذا رأى امرأة تزنى فتزوّجها حل له وطؤها قبل أن يستبرئها عندهما . وقال محمد: لا أحب له أن يطأها مالم يستبرئها) وعند زفر : لايصح العقد عليها مالم تحض ثلاث حيض لما قلناه عنه ، وقيل يكفى حيضة (قوله والمعنى) أى فى حل وطء الزانية إذا تزوجت عقيب العلم بزناها عندهما بلا استبراء وعند محمد بعده (ماذكرنا) لهما من أن الصحة أمارة الفراغ فى المحتمل فلا موجب للاستبراء والحكم لايثبت بلا سبب ، وعند محمد الوطء يوجب توهم الشغل فتستبرأ كالمشتراة (قوله ونكاح المتعة باطل وهو أن يقول لامرأة) خالية من الموانع (أتمتع بك كذا مدة) عشرة أيام مثلا أو يقول أياما أو متعينى نفسك أياما أو عشرة أيام أو لم يذكر أياما (بكذا من المال) قال شيخ الإسلام فى الفرق بينه وبين النكاح الموقت أن يذكر الموقت بلفظ النكاح والتزويج وفى المتعة أتمتع أو أستمتع اه . يعنى ما اشتمل على مادة متعة . والذى يظهر مع ذلك عدم اشتراط الشهود فى المتعة وتعيين المدة ، وفى الموقت الشهود وتعيينها ، ولا شك أنه لادليل لهؤلاء على تعيين كون نكاح المتعة الذى أباحه صلى الله عليه وسلم ثم حرمه هو ما اجتمع فيه مادة م ت ع للقطع من الآثار بأن المتحقق ليس إلا أنه أذن لهم فى المتعة ، وليس معنى هذا أن من باشر هذا المأذون فيه يتعين عليه أن يخاطبها بلفظ أتمتع ونحوه لما عرف من أن اللفظ إنما يطلق

فإن الاستبراء فيه واجب . ومن تذكر ماسلف من المسائل يفطن لما ذكرنا من القيود التى لم يصرح بذكرها المصنف استغناء عنها بما تضمن كلامه فيما سلف ، وقوله (بخلاف الشراء) جواب عن قياس محمد صورة النزاع على الشراء بالفارق وهو أن الشراء مع الشغل جائز دون النكاح ، فالحكم بجواز النكاح أمارة الفراغ وإلا لكان حكما بما لايجوز ولا كذلك فى الشراء فيجب الاستبراء . وقوله (وكذا إذا رأى امرأة تزنى) ظاهر . وقيل ينبغى أن لاتحل لأن احتمال الشغل قائم ، ودليل الحرمة عند معارضة دليل الحل راجح . وأجيب بأنه تعارض الاحتمال لأن احتمال وجود الحل وعدمه ، فعند ذلك رجحنا جانب العدم لأصالته ولتقوّى الأصالة هنا بعدم حرمة صاحب الماء . قال (ونكاح المتعة باطل) صورة المتعة ماذكره فى الكتاب (أن يقول الرجل لامرأة أتمتع بك كذا مدة بكذا من المال) أو يقول خذى منى هذه العشرة لأستمتع بك أياما ، أو متعينى نفسك أياما أو عشرة أيام أو لم يقل أياما ،

(قوله وأجيب بأنه تعارض الاحتمالان) أقول : ويجوز أن يجاب أيضا بأنا قد اتفقنا على جواز النكاح الخ على مامر ، ويدل على ذلك

وقال مالك رحمه الله : هو جائز لأنه كان مباحا فيبقى إلى أن يظهر ناسخه . قلنا : ثبت النسخ بإجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم ، وابن عباس رضى الله عنهما صح رجوعه إلى قولهم فتقرر الإجماع ،

ويراد معناه ، فإذا قال تمتعوا من هذه النسوة فليس مفهومه قولوا أتمتع بك بل أوجدوا معنى هذا اللفظ ، ومعناه المشهور أن يوجد عقدا على امرأة لايراد به مقاصد عقد النكاح من القرار للولد وتربيته بل إلى مدة معينة ينتهى العقد بانتهائها أو غير معينة بمعنى بقاء العقد ما دمت معك إلى أن أنصرف عنك فلا عقد. والحاصل أن معنى المتعة عقد موقت ينتهى بانتهاء الوقت فيدخل فيه ما بمادة المتعة والنكاح الموقت أيضا فيكون النكاح الموقت من أفراد المتعة وإن عقد بلفظ التزويج وأحضر الشهود وما يفيد ذلك من الألفاظ التى تفيد التواضع مع المرأة على هذا المعنى . ولم يعرف فى شىء من الآثار لفظ واحد ممن باشرها من الصحابة رضى الله عنهم بلفظ تمتعت بك ونحوه والله أعلم (قوله وقال مالك هو جائز) نسبته إلى مالك غلط . وقوله (لأنه كان مباحا فيبقى إلى أن يظهر النسخ) هذا متمسك من يقول بها كابن عباس رضى الله عنهما (قلنا قد ثبت النسخ بإجماع الصحابة رضى الله عنهم) هذه عبارة المصنف ، وليست الباء سببية فيها فإن المختار أن الإجماع لايكون ناسخا ، اللهم إلا أن يقدر محذوف : أى بسبب العلم بإجماعهم : أى لما عرف إجماعهم على المنع علم أنه نسخ بدليل النسخ أو هى للمصاحبة : أى لما ثبت إجماعهم على المنع علم معه النسخ . وأما دليل النسخ بعينه فما فى صحيح مسلم « أنه صلى الله عليه وسلم حرمها يوم الفتح » وفى الصحيحين « أنه صلى الله عليه وسلم حرمها يوم خيبر » والتوفيق أنها نسخت مرتين . قيل ثلاثة أشياء نسخت

وهذا عندنا باطل (وقال مالك هو جائز) وهو الظاهر من قول ابن عباس (لأنه كان مباحا) بالاتفاق (فيبقى إلى أن يظهر ناسخه . قلنا : قد ظهرنا سخه بإجماع الصحابة) وبيان ذلك أنه وردت الأحاديث الدالة على نسخها : منها ما روى محمد بن الحنفية عن على بن أبى طالب « أن منادى رسول الله صلى الله عليه وسلم نادى يوم خيبر : ألا إن الله ورسوله ينهيانكم عن المتعة » . ومنها حديث الربيع بن سبرة قال : « أحل رسول الله صلى الله عليه وسلم المتعة عام الفتح ثلاثة أيام ، فجئت مع ابن عم لى إلى باب امرأة ومع كل واحد منا بردة ، وكانت بردة ابن عمى أحسن من بردتى ، فخرجت امرأة كأنها دمية عيطاء فجعلت تنظر إلى شبابى وإلى بردته ، فقالت : هلا بردة كبردة هذا أو شبابا كشباب هذا ؟ ثم آثرت شبابى على بردته ، فبت عندها ، فلما أصبحت إذا منادى رسول الله صلى الله عليه وسلم ينادى : ألا إن الله ورسوله ينهيانكم عن المتعة ، فانتهى الناس عنها » ثم أجمع الصحابة على أن المتعة قد انتسخت فى حياة النبى صلى الله عليه وسلم فكانت الأحاديث ناسخة والإجماع مظهرا لأن نسخ الكتاب والسنة بالإجماع ليس بصحيح على مذهب الصحيح . فإن قيل : أين الإجماع وقد كان ابن عباس مخالفا ؟ أجاب بقوله (وابن عباس صح رجوعه إلى قولهم) روى جابر بن زيد أن ابن عباس ما خرج من الدنيا حتى رجع عن قوله فى الصرف والمتعة (فتقرر الإجماع) وقيل فى نسبة جواز المتعة إلى مالك نظر لأنه روى الحديث فى الموطا عن

قول المصنف والمعنى ماذكرنا (قال المصنف : قلنا ثبت النسخ بالإجماع) أقول : قال ابن الهمام : ليست الباء سببية ، فإن المختار أن الإجماع لايكون ناسخا إلا أن يقدر محذوف أى بسبب العلم بإجماعهم : أى لما عرف إجماعهم على المنع علم أنه نسخ بدليل النسخ أو هى للمصاحبة أى لما ثبت إجماعهم على المنع علم معه النسخ اه . ويجوز أن يريد بثبوت النسخ ثبوته العلمى (قوله فإن قيل : أين الإجماع وقد كان ابن عباس مخالفا الخ) أقول : هذا نقل النسخ فلا تضر مخالفة ابن عباس . قلنا : نعم ، لكن مراد المصنف أن الصحابة رضى الله تعالى عنهم أجمعوا على نقله ، ولا يتم ذلك بمخالفته فليتأمل ،

(والنكاح المؤقت باطل) مثل أن يتزوّج امرأة بشهادة شاهدين إلى عشرة أيام ،

مرتين : المتعة ، ولحوم الحمر الأهلية ، والتوجه إلى بيت المقدس فى الصلاة . وقيل لايحتاج إلى الناسخ لأنه صلى الله عليه وسلم إنما كان أباحها ثلاثة أيام فبانقضائها تنتهى الإباحة ، وذلك لما قال محمد بن الحسن فى الأصل : « بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أحل المتعة ثلاثة أيام من الدهر فى غزاة غزاها اشتد على الناس فيها العزوبة ثم نهى عنها » . وهذا لايفيد أن الإباحة حين صدرت كانت مقيدة بثلاثة أيام ولذا قال ثم نهى عنها . وهو يشبه ما أخرجه مسلم عن سبرة بن معبد الجهنى قال : « أذن لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمتعة ، فانطلقت أنا ورجل إلى امرأة من بنى عامر كأنها بكرة عيطاء فعرضنا عليها أنفسنا فقالت : ماتعطينى ؟ فقلت ردائى وقال صاحبى ردائى ، وكان رداء صاحبى أجود من ردائى وكنت أنا أشبّ منه ، فإذا نظرت إلى رداء صاحبى أعجبها ، وإذا نظرت إلىّ أعجبتها ، ثم قالت : أنت ورداؤك تكفينى ، فمكثت معها ثلاثا ، ثم إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من كان عنده شىء من هذه النساء التى يتمتع بهن فليخل سبيلها » فهذا مثله من حيث أنه إنما يدل على أن الإباحة أقامت ثلاثا لا أنها تعلقت مقيدة بالثلاث فلا بد من الناسخ . وفى صحيح مسلم عنه صلى الله عليه وسلم « كنت أذنت لكم فى الاستمتاع بالنساء وقد حرم الله ذلك إلى يوم القيامة » والأحاديث فى ذلك كثيرة شهيرة . وأما ظاهر الألفاظ التى تعطى الإجماع فما أخرجه الحازمى بسنده إلى جابر « خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى غزوة تبوك ، حتى إذا كنا عند العقبة مما يلى الشام جاءت نسوة فذكرنا تمتعنا منهن وهن يطعن فى رحالنا ، فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فنظر إليهن وقال : من هؤلاء النسوة ؟ فقلنا : يارسول الله نسوة تمتعنا منهن ، فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى احمرت وجنتاه وتمعر وجهه ، وقام فينا خطيبا فحمد الله وأثنى عليه ثم نهى عن المتعة ، فتوادعنا يومئذ الرجال والنساء ولم نعد ولا نعود إليها أبدا » وابن عباس صح رجوعه بعد ما اشتهر عنه من إباحتها ، فمما ذكر من رجوعه أن عليا قال له : إنك رجل تائه « إن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء » . وفى صحيح مسلم « أن عليا رضى الله عنه سمع ابن عباس يلين فى متعة النساء فقال : مهلا يا ابن عباس ، فإنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنها يوم خيبر ، وعن لحوم الحمر الإنسية » . وهذا ليس صريحا فى رجوعه بل فى قول علىّ له ذلك ، ويدل على أنه لم يرجع حين قال له علىّ ذلك مافى صحيح مسلم عن عروة بن الزبير « أن عبد الله بن الزبير قام بمكة فقال : إن ناسا أعمى الله قلوبهم كما أعمى أبصارهم يفتون بالمتعة يعرّض برجل فناداه فقال : إنك لجلف جاف ، فلعمرى لقد كانت المتعة تفعل فى عهد إمام المتقين ، يريد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال له ابن الزبير : فجرّب نفسك ، فوالله لئن فعلتها لأرجمنك بأحجارك » الحديث ، ورواه النسائى أيضا ، ولا تردد فى أن ابن عباس هو الرجل المعرّض به وكان رضى الله عنه قد كف

ابن شهاب عن عبدالله والحسن بن محمد بن علىّ عن أبيهما عن علىّ بن أبى طالب « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء يوم خيبر ، وعن أكل لحوم الحمر الإنسية » . وقال فى المدونة : ولا يجوز النكاح إلى أجل قريب أو بعيد وإن سمى صداقا وهذه المتعة . وأقول : يجوز أن يكون شمس الأئمة الذى أخذ منه المصنف قد اطلع على قول له على خلاف ما فى المدوّنة ، وليس كل من يروى حديثا يكون واجب العمل لجواز أن يكون عنده مايعارضه أو يرجح عليه (والنكاح المؤقت باطل مثل أن يتزوّج امرأة بشهادة شاهدين إلى عشرة أيام) . والذى يفهم من عبارة المصنف فى الفرق بينهما شيئان : أحدهما وجود لفظ يشارك المتعة فى الاشتقاق كما ذكرنا آنفا

وقال زفر رحمه الله : هو صحيح لازم لأن النكاح لايبطل بالشروط الفاسدة . ولنا أنه أتى بمعنى المتعة والعبرة فى العقود للمعانى ،

بصره ، فلذا قال ابن الزبير كما أعمى أبصارهم ، وهذا إنما كان فى خلافة عبد الله بن الزبير وذلك بعد وفاة على ، فقد ثبت أنه مستمر القول على جوازها ولم يرجع إلى قول على ، فالأولى أن يحكم بأنه رجع بعد ذلك بناء على ماروا ه الترمذى عنه أنه قال : إنما كانت المتعة فى أول الإسلام ، كان الرجل يقدم البلدة ليس له بها معرفة فيتزوج المرأة بقدر مايرى أنه مقيم فتحفظ له متاعه وتصلح له شأنه ، حتى إذا نزلت الآية - إلا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم - قال ابن عباس : فكل فرج سواهما فهو حرام اه . فهذا يحمل على أنه اطلع على أن الأمر إنما كان على هذا الوجه فرجع إليه أوحكاه ، وقد حكى عنه أنه إنما أباحها حالة الاضطرار والعنت فى الأسفار . أسند الحازمى من طريق الخطابى إلى المنهال عن سعيد بن جبير قال : قلت لابن عباس : لقد سارت بفتياك الركبان وقال فيها الشعراء قال : وما قالوا ؟ قلت قالوا :

قد قلت للشيخ لما طال محبسه ... ياصاح هل لك فى فتوى ابن عباس
هل لك فى رخصة الأطراف آنسة ... تكون مثواك حتى يصدر الناس

فقال : سبحان الله ما بهذا أفتيت وما هى إلا كالميتة والدم ولحم الخنزير لاتحل إلا للمضطر اه . ولهذا قال الحازمى : إنه صلى الله عليه وسلم لم يكن أباحها لهم وهم فى بيوتهم وأوطانهم ، وإنما أباحها لهم فى أوقات بحسب الضرورات حتى حرمها عليهم فى آخر سنيه فى حجة الوداع ، وكان تحريم تأبيد لاخلاف فيه بين الأئمة وعلماء الأمصار إلا طائفة من الشيعة (قوله وقال زفر هو جائز) .يعنى النكاح الموقت هو أن يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة أيام» لأن النكاح لايبطل بالشروط الفاسدة بل تبطل هى ويصح النكاح ، فصار كما إذا تزوجها على أن يطلقها بعد شهر صح وبطل الشرط . أما لو تزوج وفى نيته أن يطلقها بعد مدة نواها صح ، ولا بأس بتزوج النهاريات وهو أن يتزوجها على أن يكون عندها نهارا دون الليل (قوله ولنا أنه أتى بمعنى المتعة والعبرة فى العقود للمعانى) ولذا لو قال جعلتك وكيلا بعد موتى انعقد وصية ، أو جعلتك وصيا فى حياتى انعقد وكالة ، ولو أعطى المال مضاربة وشرط الربح للمضارب كان قرضا أو لرب المال كان بضاعة : ولا يخفى أن على ماحققناه يكون الموقت من نفس نكاح المتعة فلا يحتاج إلى غير إبداء الناسخ فى دفع قول زفر . هذا ومقتضى النظر أن يترجح قوله لأن غاية الأمر أن يكون الموقت متعة وهومنسوخ ، لكن نقول : المنسوخ معنى المتعة على الوجه الذى كانت الشرعية عليه وهو ماينتهى العقد فيه بانتهاء المدة ويتلاشى ، وأنا لا أقول به كذلك ، وإنما أقول ينعقد مؤبدا ويلغو شرط التوقيت ، فحقيقة إلغاء شرط التوقيت هو أثر النسخ . وأقرب نظير إلى هذا نكاح الشغار وهو أن يتزوج الرجلان كل مولية الآخر على أن يكون بضع كل مهرا لمولية الآخر صح النهى عنه ، وقلنا : إذا عقد كذلك صح موجبا لمهر المثل لكل منهما ولم يلزمنا النهى لأنا لم نقل به كذلك موجبا للبضعين مهرين بل على إلغاء الشرط المذكور فلم

فى نكاح المتعة . والثانى شهود الشاهدين فى النكاح الموقت مع ذكر لفظ التزويج أو النكاح وأن تكون المدة معينة (وقال زفر هو صحيح لازم) لأن التوقيت شرط فاسد لكونه مخالفا لمقتضى عقد النكاح ، والنكاح لايبطل بالشروط الفاسدة (ولنا أنه أتى بمعنى المتعة) بلفظ النكاح لأن معنى المتعة هو الاستمتاع بالمرأة لا لقصد مقاصد النكاح وهو موجود فيما نحن فيه لأنها لاتحصل فى مدة قليلة (والعبرة فى العقود للمعانى) دون الألفاظ ؛ ألا ترى

ولا فرق بين ما إذا طالت مدة التأقيت أو قصرت لأن التأقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد

يلزمنا النهي ، فقول زفر مثل هذا سواء . وأما قياسه على مالو تزوّجها على أن يطلقها بعد شهر فأصل منضم إلى أصول شتّى مما اشترط فيه من النكاح شرط مخالف لمقتضى العقد . وكونه غير صحيح من حيث إنه إنما عقد مؤبدا ولذا إذا انقضت المدة لاينتهي النكاح بل هو مستمر إلى أن يطلقها يندفع بما ذكرنا مما يوجب أن أثر التوقيت في إبطاله موقتا لا في إبطاله مطلقا . فإن قلت : فلوعقد بلفظ المتعة وأراد النكاح الصحيح المؤبد هل ينعقد أو لا ؟ وإذا لم ينعقد هل يكون من أفراد المتعة ؟ فالجواب لاينعقد به النكاح وإن قصد به النكاح وحضره الشهود ، وليس من نكاح المتعة لأنه لم يذكر فيه توقيت بل التأبيد ، وإنما كان كذلك لأنه لايصلح مجازا عن معنى النكاح لما في المبسوط من أنه لايفيد ملك المتعة كالإحلال . قال : فإن من أحل لغيره طعاما أو أذن له أن يتمتع به لا يملكه وإنما يتلفه على ملك المبيح ، فكذلك إذا استعمل هذا اللفظ في موضع النكاح لايثبت به الملك اهـ . يعني انتفى طريق المجاز الذي بيناه في أول كتاب النكاح ، والله سبحانه أعلم (قوله ولا فرق بين ما إذا طالت المدة أو قصرت) نفي لرواية الحسن عن أبي حنيفة أنهما إذا سميا مدة لايعيشان إليها صح لتأبيده معنى . قلنا : ليس هذا تأبيدا معنى بل توقيت بمدة طويلة والمبطل هو التوقيت ، وقوله لأنه المعين لجهة المتعة يؤيد ماقدمناه من أن النكاح الموقت من أفراد المتعة . هذا وإذا انساق الكلام إلى أن الشرط الفاسد وهو اشتراط ماليس مقتضى العقد لايبطل النكاح بل يبطل هو ناسب أن يقرن به الكلام في اشتراط الخيار في النكاح ، فإذا تزوّج على أنه بالخيار أو هي صح النكاح وبطل الخيار عندنا بناء على أن شرط الخيار كالهزل لأن الهازل قاصد للسبب غير راض بحكمه أبدا وشارط الخيار غير راض بحكمه في وقت مخصوص . فإذا لم يمنع الهزل ثبوت حكمه للحديث « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح ، والطلاق ، والرجعة » وقد أسلفنا تخريجه ، فشرط الخيار أولى أن لايمنعه ، وإذا لم يمنع ثبوت حكمه وهو الملك من حين صدور العقد كان اشتراط الخيار شرطا فاسدا فيبطل . وأما خيار الرؤية فحقيقته لاتتوقف على اشتراطه في موضع يثبت كالبيع ، بل إذا اشترى مالم يره ثبت له الخيار بلا اشتراط والنكاح ينعقد بلا رؤية إجماعا فلا يتصور ثبوته فيه ، ولو فرض اشتراط خيار الفسخ إذا رآها كان شرطا فاسدا فيبطل ، وأما خيار العيب فلا يثبت لأحدهما في الآخر إذا وجد معيبا ببرص أوجذام أو رتق أوقرن أو عفل أو جنون أو مرض فالج أو غيره أيا كان عند أبي حنيفة وأبي يوسف سوى عيب الجب والعنة فيه على ما يأتي في بابه خلافا للشافعي في العيوب الخمسة القرن والرتق والجنون والجذام والبرص ، ولمحمد في الثلاثة الأخيرة إذا كانت بحيث لاتطيق المقام معه حيث يثبت لها خيار الفسخ. لنا ما روى عنه صلى الله عليه وسلم « أنه قال للتي تزوّجها فوجد بكشحها بياضا الحقي بأهلك » وهذا من كنايات الطلاق ، بل لايبعد عدّه من صرائحه في عرف العرب بالاستقراء فعرف أنه لافسخ عن عيب

أن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الأصيل كفالة . وقوله (ولا فرق بين ما إذا طالت مدة التأقيت أو قصرت) احتراز عن قول الحسن بن زياد إنهما إن ذكرا من الوقت مايعلم أنهما لا يعيشان إليه كمائة سنة أو أكثر كان النكاح صحيحا لأنه في معنى التأبيد ، وهو رواية عن أبي حنيفة . وجه الظاهر أن التأقيت معين لجهة المتعة ، فإن قوله تزوجتك للنكاح ومقتضاه التأبيد لأنه لم يوضع شرعا إلا لذلك ولكنه يحتمل المتعة ؛ فإذا قال إلى عشرة أيام عين التوقيت جهة كونه متعة معنى ، وفي هذا المعنى المدة القليلة والكثيرة سواء . واستشكل هذه المسئلة بما إذا شرط وقت العقد أن يطلقها بعد شهر فإن النكاح صحيح والشرط باطل ، ولا فرق بينها وبين مانحن

(ومن تزوّج امرأتين فى عقدة واحدة وإحداهما لايحل له نكاحها صح نكاح التى يحل نكاحها وبطل نكاح الأخرى)لأن المبطل فى إحداهما ، بخلاف ماإذا جمع بين حرّ وعبد فى البيع لأنه يبطل بالشروط الفاسدة وقبول العقد فى الحر شرط فيه ، ثم جميع المسمى للتى يحل نكاحها عند أبى حنيفة رحمه الله ، وعندهما يقسم على مهر مثليهما

وحجتنا أيضا قول ابن مسعود : لاترد الحرة عن عيب : وعن علىّ قال : إذا وجد بامرأته شيئا من هذه العيوب فالنكاح لازم له إن شاء طلق وإن شاء أمسك . والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم ؛ فعن عمر أنه أثبت الخيار ، وحمله على خيار الطلاق بعيد فإن ذلك ثابت لايحتاج إلى نقل إثبات عمر إياه ، وقول محمد أرجح فيما يظهر ، فإن ماذكرنا من طريق التخلص بالطلاق وما أفادته هذه الدلائل إنما هو فى تخلص الرجل ، فأما المرأة فلا تقدر عليه وهى محتاجة إلى التخلص ومأمورة بالفرار قال صلى الله عليه وسلم « فر من المجذوم فرارك من الأسد » والكلام فى المسئلة طويل الذيل فى المبسوط وغيره يحتمل أنظارا لسنا بصددها إذ ليست من مسائل الكتاب بل المقصود تتميم الفائدة بالفروع المناسبة ، وكذا لو شرط أحد الزوجين على الآخر السلامة من تلك العيوب أو من العمى والشلل والزمانة أو شرط صفة الجمال فوجد بخلاف ذلك لاخيار له فى الفسخ . ومن هذا وكثيرا مايقع لو تزوّجها بشرط أنها بكر فإذا هى ثيب فلا خيار له ، بل إن شاء طلق ، وتثبت أحكام الطلاق قبل الدخول أو بعده (قوله ومن تزوج امرأتين فى عقدة واحدة وإحداهما لاتحل له) لرضاع أو قرابة محرّمة (صح نكاح المحللة وبطل نكاح المحرمة ، بخلاف ما إذا جمع بين حرّ وعبد فى البيع) حيث لايصح فى العبد لأن قبول العقد فى الحر شرط فاسد فى بيع العبد فيبطله ، وهنا المبطل يخص المحرمة والنكاح لايبطل بالشروط الفاسدة (قوله ثم جميع المسمى للتى يحل نكاحها عند أبى حنيفة . وعندهما يقسم على مهرمثليهما) كأن يكون المسمى ألفا ومهر مثل المحرّمة ألفان والمحللة ألف فيلزم ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم للتى صح نكاحها ويسقط الباقى ، ولوكان دخل بالتى لاتحل فالمذكور فى الأصل أن لها مهرمثلها بالغا ما بلغ والألف كلها للمحللة ، قال فى المبسوط : وهو الأصح على قول أبى حنيفة . وما ذكر فى الزيادات فهو قولهما أن لها مهر مثلها ولا يجاوز حصتّها من الألف ،

فيه . وأجيب بأن الفرق بينهما ظاهر لأن الطلاق قاطع للنكاح فاشتراطه بعد شهر لينقطع به دليل على وجود العقد مؤبدا ، ولهذا لو مضى الشهر لم يبطل النكاح فكان النكاح صحيحا والشرط باطلا . وأما صورة النزاع فالشرط إنما هو فى النكاح لا فى قاطعه ، ولهذا لو صح التوقيت لم يكن بينهما بعد مضى المدة عقد كما فى الإجارة .قال (ومن تزوج امرأتين فى عقدة واحدة) هذه المسئلة من الأصل أى من المبسوط وصورتها ظاهرة ، ومسئلة البيع تأتى فى البيوع . وقوله (وعندهما يقسم على مهر مثليهما) يعنى إذا كان المسمى ألفا مثلا ينظر إلى مهر مثلهما ويقسم المسمى عليهما . فما أصاب حصة التى لاتحل يسقط عن الزوج ؛ وما أصاب حصة الأخرى يثبت عليه . لهما أنه قابل المسمى بالبضعين وكل ماكان مقابلا بشيئين فإنما يلزم إذا سلما لمن قابل ولم يسلم ههنا إلا أحدهما فلا يلزمه إلا حصته ؛ كما لو خاطب امرأتين بالنكاح على ألف فأجابت إحداهما دون الأخرى . ولأبى حنيفة أن ضم مالايحل إلى ما يحل فى النكاح كضم الجدار إلى المرأة فيه فى أن كل واحد منهما ليس بمحل للنكاح ، ولو فعل ذلك وسمى كان المسمى كله للمرأة ، فكذلك ههنا لمن تحل ، بخلاف ما إذا خاطبهما بالنكاح لأنهما قد استويا فى الإيجاب ، حتى لو أجابتا صح نكاحهما جميعا فيثبت انقسام البدل بالمساواة فى الإيجاب . فإن قيل : إذا لم تكن محلا للنكاح أصلا ولم تدخل تحت العقد وجب أن يحد إن دخل بها ولا يحد عنده . أجيب بأن عدم الحد باعتبار

وهى مسئلة الأصل (ومن ادعت عليه امرأة أنه تزوّجها وأقامت بينة فجعلها القاضى امرأته ولم يكن تزوّجها وسعها المقام معه وأن تدعه يجامعها) وهذا عند أبى حنيفةوهو قول أبى يوسف أوّلا ، وفى قوله الآخر وهو قول محمد لايسعه أن يطأها وهو قول الشافعى لأن القاضى أخطأ الحجة إذ الشهود كذبة فصار كما إذا ظهر أنهم عبيد

ولو كان صح نكاحهما انقسمت الألف على مهر مثليهما اتفاقا (قوله وهى مسئلة الأصل) مثل هذا اللفظ يقصد به الإحالة على ذلك الكتاب لتتميم متعلقات المسئلة منه . وحاصل المذكور لهما فيه أن المسمى قوبل بالبضعين ولم يسلما ، وكل ماقوبل بشيئين ولم يسلما فاللازم حصة السالم . بيان تقرر الكبرى شرعا ما لو اشترى عبدين بألف . فإذا أحدهما مدبر أو خاطب امرأتين بالنكاح بألف فأجابت إحداهما دون الأخرى بل مانحن فيه أولى فإن المحرّمة دخلت فى العقد عنده ولذا لايحدّ بوطئها مع العلم بالحرمة عنده ومن ضرورة دخولها انقسام البدل . وله منع كلية الكبرى بل المضموم إلى المحللة إما محل أولا ؛ فى الأول ينقسم وفى الثانى لا ، كما لو ضم جدارا أو حمارا فإن الكل فيه للمحل والضم لغو وضم المحرمة كذلك ، فإن حكم النكاح الحل ، فالمحرمة ليست بمحل فلم تدخل والمدبر مال فهو محل ، ولذا لو قضى القاضى بجواز بيعه نفذ فيدخل فى العقد ثم يستحق نفسه بحق الحرية ، وسقوط الحد عنده فى وطء المحرمة المعقود عليها من حكم صورة العقد ، وسنبين وجهه إن شاء الله تعالى فى كتاب الحدود لامن حكم انعقاده والانقسام من حكم الانعقاد . والانقسام فى المخاطبتين للاستواء فى الإيجاب للمحلية ، فإنهما لو أجابتا صح نكاحهما معا وانقسم عليهما . هذا وقد ادعى أن ما فى الزيادات من أنه لو دخل بالتى لاتحل كان لها مهر مثلها لايجاوز حصتها من الألف قول أبى حنيفة ، فاستشكل بأنه فرع دخولها فى العقد ، ودفع بأنه قولهما لا قوله فى الأصح ، وقوله يجب مهر مثلها بالغا مابلغ ، وبتقدير التسليم فالمنع من المجاوزة لمجرد التسمية ورضاها بالقدر المسمى لابدخولها فى العقد . فأما الانقسام للاستحقاق فباعتبار الدخول فى العقد ، فالتى تحل هى المختصة بذلك فالكل لها . وقد يورد أيضا على قوله إن لها مهر مثلها بالغا مابلغ أن عدم الدخول فى العقد يقتضى أجنبيتها عنه ، فبأى وجه يجب مهر مثلها وهو فرع الدخول فى عقد فاسد ؟ ويجاب بأن وجوبه بالعذر الذى وجب به درء الحد وهو صورة العقد . ويورد على قولهما أيضا كيف وجب لها حصتها من الألف بالدخول وهو حكم دخولها فى العقد ثم يجب الحد ، ولا يجتمع الحد والمهر ، ولا مخلص إلا بتخصيصهما الدعوى فيجب الحد لانتفاء شبهة الحل والمهر للانقسام بالدخول فى العقد (قوله ومن ادعت عليه امرأة) لقب المسئلة أن القضاء بشهادة الزور فى العقود والفسوخ ينفذ عند أبى حنيفة ظاهرا وباطنا إذا كان مما يمكن القاضى إنشاء العقد فيه ، فلو ادعى نكاح امرأة أو هى ادعت النكاح أو الطلاق الثلاث كذبا وبرهنا زورا فقضى بالنكاح أو الطلاق نفذ ظاهرا ، فتطالب المرأة فى الحكم بالقسم والوطء والنفقة ، وباطنا فيحل له وطؤها وإن علم حقيقة الحال ، ولها أن تمكنه . وقولنا

ظاهر صورة العقد . وقوله (ومن ادعت عليه امرأة أنه تزوجها) هذه المسئلة من الجامع الصغير ، وهى ملقبة بين الفقهاء بأن قضاء القاضى بشهادة الزور فى العقود والفسوخ عند أبى حنيفة ينفذ ظاهرا وباطنا . ومعنى نفوذه ظاهرا نفوذه فيما بيننا بثبوت التمكين والنفقة والقسم وغير ذلك ، ومعنى نفوذه باطنا ثبوت الحل عند الله تعالى . وأما فى الأملاك المرسلة والميراث فإنه ينفذ ظاهرا لاباطنا بالإجماع . وأما فى الهبة والصدقة ؛ فعن أبى يوسف فيه روايتان : فى رواية ألحقها بالأشربة والأنكحة من حيث أنه يحتاج فيه إلى الإيجاب والقبول وفى أخرى ألحقها بالأملاك المرسلة ، وما ذكره فى الكتاب من تحرير المذاهب واضح . قالوا (القاضى أخطأ الحجة إذ الشهود كذبة)

أو كفار. ولأبي حنيفة أن الشهود صدقة عنده وهو الحجة لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق، بخلاف الكفر والرق لأن الوقوف عليهما متيسر، وإذا ابتنى القضاء على الحجة وأمكن تنفيذه باطنا بتقديم النكاح نفذ قطعا للمنازعة،

إذا كان مما يمكن القاضي إنشاؤه يخرج ما إذا كانت معتدة الغير أو مطلقته ثلاثا فادعى أنه تزوجها بعد زوج آخر ونحو ذلك مما لايقدر القاضي على إنشاء العقد فيه . أما الهبة والصدقة ففي نفاذ القضاء بهما باطنا روايتان إذا ادعيا كذبا . وجه المانعة أن القاضي لايملك تمليك مال الغير بلا عوض ، وقول أبي حنيفة هو قول أبي يوسف الأول وفي قوله الآخر وهو قول محمد لاينفذ باطنا فلا يسعه أن يطأها إذا ادعى كذبا . وإذا كان مدعى عليه يطلقها وهو قول الشافعي وكما لاتحل للثاني لاتحل للأول فيما إذا ادعت الطلاق الثلاث كذبا فقضى به وتزوجت آخر عند محمد وعند أبي حنيفة تحل للثاني لا للأول لأن القاضي يملك التطليق على الغير أحيانا . بخلاف المعتدة وأختها . وكذا الاختلاف في دعوى الفسخ بأن ادعى أحد المتبايعين على صاحبه فسخ البيع كذبا وبرهن زورا فبفسخ القاضي ينفسخ البيع ويحل للبائع وطؤها لو كانت أمة ، وكذا لو ادعى بيع الأمة منه ولم يكن باعها فقضى بها القاضي لمدعي الشراء حلت له ، وكذا في دعوى العتق والنسب . وجه تمسكهما في الكتاب ظاهر . وأيضا القضاء إما إمضاء لعقد سابق أو إنشاء لايصح الأول لعدم سابق . ولا الثاني لأنه لا إيجاب ولا قبول ولا شهود . ولأبي حنيفة أن القاضي مأمور بما في وسعه ، وإنما في وسعه القضاء بما هو حجة عنده وقد فعل وهذا يفيد أن القاضي لو علم كذب الشهود لاينفذ ، ولما لم يستلزم ماذكر النفاذ باطنا إذ القدر الذي توجبه الحجة وجوب القضاء وهو لايستلزم النفاذ باطنا إذا كان مخالفا للواقع وهو محل الخلاف زاد قوله (وإذا ابتنى القضاء على الحجة وأمكن تنفيذه باطنا بتقديم النكاح ينفذ) فأفاد اختيار أحد شقي ترديدهما وهو أنه إنشاء والمعنى أنه يثبت الإنشاء اقتضاء للقضاء بتقديمه عليه ، وأفاد بذلك جوابهما عما أبطلا به هذا الشق من عدم الإيجاب والقبول والشهود ، فإن ثبوته على هذا الوجه يكون ضمنيا ، ولا يشترط للضمنيات مايشترط لها إذا كانت قصديات ، على أن كثيرا من المشايخ شرطوا حضور الشهود القضاء للنفاذ باطنا ولم يشترطه بعضهم وهو أوجه ، ولو أنهما أبطلا هذا الشق بعدم التراضي من الجانبين لم يندفع بذلك ، ولما كان المقتضي ماثبت ضرورة صحة غيره ولم يظهر وجه احتياج صحة القضاء إلى تقديم الإنشاء إلا إذا افتقرت صحته إلى نفاذه باطنا وليس مفتقرا إليه لثبوته مع انتفائه في الأملاك المرسلة حيث يصح ظاهرا لا باطنا زاد قوله (قطعا للمنازعة) يعني أن المقصود من القضاء قطع المنازعة ، ولا تنقطع فيما نحن فيه

والخطأ في الحجة يمنع من النفوذ باطنا كما إذا ظهر أنهم عبيد أو كفار (ولأبي حنيفة أن الشهود صدقة عند القاضي) لأن الفرض أنه لم يطلع على شيء مما يجرحهم ومثل هذه الشهود هو الحجة المعتبرة في الشرع (لتعذر الوقوف على الصدق حقيقة) لأن ذلك أمر باطني لايعلمه إلا الله ، فلو اشترط ذلك للقضاء لما أمكن القضاء أصلا ، وإذا وجدت الحجة الشرعية نفذ الحكم ظاهرا وباطنا (بخلاف الكفر والرق لأن الوقوف عليهما متيسر) بالأمارات . فإن قيل : القضاء إظهار ما كان ثابتا لا إثبات مالم يكن والنكاح لم يكن ثابتا فكيف ينفذ القضاء باطنا ؟ أشار إلى الجواب بقوله (بتقديم النكاح) يعني تقديم النكاح على القضاء بطريق الاقتضاء كأنه قال أنكحتك إياه وحكمت بينكما بذلك (قطعا للمنازعة) فيحل له أن يطأها لئلا تنازعه طلب الوطء ثانيا . وسألني بعض أذكياء المغاربة حين قدم مصر حاجا سنة سبع وأربعين وسبعمائة عن هذه المسئلة طاعنا في المذهب . فأجبته بقولهم هذا قطعا للمنازعة ، فقال : قطع المنازعة لم ينحصر في الوطء فيطلقها فإنه مخلص عن المنازعة مع البراءة عن عهدة وطء

. . . .

إلا بتنفيذه باطنا ، إذ لو بقيت الحرمة تكررت المنازعة فى طلبها الوطء أو طلبه مع امتناع الآخر لعلمه بحقيقة الحال فوجب تقديم الإنشاء فكأن القاضى قال زوّجتكها وقضيت بذلك كقولك هو حر فى جواب أعتق عبدك عنى بألف حيث يتضمن البيع منه . وذكر الشيخ أكمل الدين أن بعض من حضر عنده من المغاربة منع الحصر وقال يمكن قطع المنازعة بأن يطلقها ، قال فأجبته ماتريد بالطلاق ، الطلاق المشروع أوغيره لاعبرة بغيره ، والمشروع يستلزم المطلوب إذ لايتحقق إلا فى نكاح صحيح . قال شيخنا سراج الدين : ليس بجواب صحيح ، إذ له أن يريد به الطلاق غير المشروع ، وكونه لاعبرة به فى كونه طلاقا صحيحا لايضر ، إذ قد ثبت بذلك أن قطع المنازعة الواجب لايتوقف على التنفيذ باطنا ليجب التنفيذ باطنا بل تحقق طريق آخر لقطع المنازعة وهو أن يتلفظ بلفظ الطلاق فلم يجب التنفيذ باطنا حينئذ لأنه لم يكن له موجب سوى انحصار طريق قطع المنازعة فيه وظهر أنه لم ينحصر . والحق أن قطع المنازعة ينتهض سببا للتنفيذ باطنا فيما إذا كان هو المدعى لأنها لاتقدر على التخلص بلفظ الطلاق لا فيما إذا كانت هى المدعية لما ذكر ، ففيه قصور عن صور المدعى وهو النفاذ باطنا فى العقود والفسوخ . والذى روى عن علىّ رضى الله عنه وهو أن رجلا أقام بينة على امرأة أنها زوجته بين يدى علىّ فقضى علىّ بذلك . فقالت المرأة : إن لم يكن لى منه بدّ يا أمير المؤمنين فزوّجنى منه ، فقال : شاهداك زوّجاك ، يخص ما إذا انحصر قطع المنازعة فى التنفيذ باطنا فإنه لو لم ينعقد باطنا لأجابها فيما طلبت للحقيقة التى عندها . والأوجه أن يراد بالمنازعة فى قوله قطعا للمنازعة اللجاج المؤدّى إلى الضرر أعم من كونه عند القاضى أو لا فتناول ما إذا لج الأول فى طلبها باطنا بأن يأتيها لقصد جماعها كرها أو باسترضائها وذلك لعلمه بحقيقة الحال والحل الباطن . وفى هذا بعد كونه منشأ مفسدة التقاتل والسفك لكونه عرضة له باطلاع الزوج عليه قبح اجتماع زوجين على امرأة أحدهما سرا والآخر جهرا ، وكل من الأمرين ينبو عن قواعد الشريعة فلا تنقطع المنازعة على المعنى الذى ذكرناه من الأعمية إلا بالحكم بالنفاذ باطنا وثبوت الحرمة فى نفس الأمر بفسخ القاضى فعم الصور ثم على المبتدئ بالدعوى الباطلة وإثباتها بالطريق الباطل إثم ياله من إثم غير أن الوطء بعد ذلك فى حل ، وقول أبى حنيفة أوجه ، وقد استدل على أصل المسئلة بدلالة الإجماع على أن من اشترى جارية ثم ادعى فسخ بيعها كذبا وبرهن فقضى به حل للبائع وطؤها واستخدامها مع علمه بكذب دعوى المشترى مع أنه يمكنه التخلص بالعتق وإن كان فيه إتلاف

لم يسبقه محلل ، فقلت : تعنى بالطلاق طلاقا مشروعا أو غير مشروع ، لا سبيل إلى الثانى لعدم الاعتداد بما ليس بمشروع فتعين الأول وهو يقتضى النكاح لامحالة ، وإمامنا فى هذه المسئلة علىّ . فإنه روى أن رجلا ادعى على امرأة نكاحا بين يدى على وأقام شاهدين فقضى بالنكاح بينهما فقالت المرأة : إن لم يكن بد يا أمير المؤمنين فزوجنى منه ، فقال علىّ : شاهداك زوّجاك . ولو لم ينعقد العقد بينهما بقضائه لما امتنع من العقد عند طلبها ورغبة الزوج فيها ، وقد كان فى ذلك تحصينها من الزنا وكان ذلك منه قضاء بشهادة الزور . فإن قيل : هذا إنما يتم إذا جعل قضاؤه بمنزلة إنشاء العقد وذلك يقتضى أن يشترط حضور الشهود عند قوله قضيت عملا بقوله عليه الصلاة والسلام « لانكاح إلا بشهود » . أجيب بأن بعض مشايخنا ذهبوا إلى ذلك وإليه مال شمس الأئمة السرخسى . وآخرين منهم قالوا : إنشاء النكاح لايثبت مقصودا وإنما يثبت مقتضى صحة قضائه فى الباطن والمقتضى لاتراعى شرائطه التى يثبت بها لو كان مقصودا كما فى قوله أعتق عبدك عنى بألف درهم وهو الجواب عن سقوط الإيجاب

بخلاف الأملاك المرسلة لأن فى الأسباب تزاحما فلا إمكان :

(باب الأولياء والأكفاء)

ماله لأنه ابتلى بأمرين فعليه أن يختار أهونهما وذلك مايسلم له فيه دينه (قوله بخلاف الأملاك المرسلة) أى المطلقة عن تعيين سبب الملك بأن ادعى الملك فى هذا الشيء ولم يعين سببا فإن القضاء به قضاء باليد ليس غير لتزاحم الأسباب : أى تعددها فلا يمكن القاضى تعيين بعضها دون بعض إذ لم تقم حجة بخصوصه ، بخلاف ما عين السبب فيه ووقعت الشهادة على تعيينه ، والله سبحانه أعلم .

(باب الأولياء والأكفاء)

أولى الشرائط المتفق عليها غالبا الشرط المختلف فيه وهو عقد الولى . والولى العاقل البالغ الوارث ، فخرج الصبى والمعتوه والعبد والكافر على المسلمة . الولاية فى النكاح نوعان : ولاية ندب واستحباب وهو الولاية على البالغة العاقلة بكرا كانت أو ثيبا ، وولاية إجبار وهو الولاية على الصغيرة بكرا كانت أو ثيبا ، وكذا الكبيرة المعتوهة والمرقوقة . وتثبت الولاية بأسباب أربعة : بالقرابة ، والملك ، والولاء ، والإمامة . وافتتح الباب بالولاية المندوبة نفيا لوجوبها لأنه أمر مهم لاشتهار الوجوب فى بعض الديار وكثرة الروايات عن الأصحاب فيه واختلافها .

وحاصل ما عن علمائنا رحمهم الله فى ذلك سبع روايات : روايتان : عن أبى حنيفة تجوز مباشرة البالغة العاقلة عقد نكاحها ونكاح غيرها مطلقا إلا أنه خلاف المستحب وهو ظاهر المذهب ، ورواية الحسن عنه إن عقدت مع كفء جاز ومع غيره لايصح ، واختيرت للفتوى لما ذكر أن كم من واقع لايرفع وليس كل ولى يحسن المرافعة والخصومة ولا كل قاض يعدل ، ولو أحسن الولى وعدل القاضى فقد يترك أنفة للتردد على أبواب الحكام واستثقالا لنفس الخصومات فيتقرر الضرر فكان منعه دفعا له . وينبغى أن يقيد عدم الصحة المفتى به بما إذا كان لها أولياء أحياء لأن عدم الصحة إنما كان على ماوجه به هذه الرواية دفعا لضررهم فإنه قد يتقرر لما ذكرنا ، أما ما يرجع إلى حقها فقد سقط برضاها بغير الكفء على ما سيأتى ان شاء الله تعالى فى فصل الكفاءة

والقبول . وقوله (بخلاف الأملاك المرسلة) أى المطلقة عن إثبات سبب الملك بأن ادعى ملكا مطلقا فى الجارية أو الطعام من غير تعيين بشراء أو إرث حيث لاينفذ القضاء إلا ظاهرا بالاتفاق حتى لايحل للمقضى له وطؤها (لأن فى الأسباب تزاحما) فلايمكن تنفيذه . بيانه أن فى الأسباب كثرة ولا يمكن القاضى تعيين شيء منها بدون الحجة فلم يكن مخاطبا بالقضاء بالملك وإنما هو مخاطب بقصر يد المدعى عليه عن المدعى وذلك نافذ منه ظاهرا ، فأما أن ينفذ باطنا بمنزلة إنشاء جديد فليس بقادر عليه بلا سبب شرعى ، بخلاف النكاح فإن طريقه متعين فى الوجه الذى قلنا فيمكنه إثباته وتنفيذه .

(باب الأولياء والأكفاء)

أخر بيان الأولياء والأكفاء عن بيان المحرمات وإن كانا شرطى النكاح لأن حل محل النكاح شرط جوازه بالاتفاق ، بخلاف الأولياء والأكفاء والمتفق عليه أولى بالتقديم ، وتحرير المذاهب على ماذكره فى الكتاب واضح

(باب الأولياء والأكفاء)

(قوله لأن حل محل النكاح) أقول : دليل لقوله أخر بيان الأولياء والأكفاء عن بيان المحرمات (قوله بخلاف الأولياء والأكفاء والمتفق عليه أولى بالتقديم) أقول : ويجوز أن يقال بيان المحرمات مآله إلى رفع الموانع والعدم له تقدم .

(وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها) وإن لم يعقد عليها ولى بكرا كانت أو ثيبا عند أبي حنيفة وأبي يوسف) رحمهما الله(فى ظاهر الرواية . وعن أبي يوسف)رحمه الله(أنه لاينعقد إلا بولى . وعند محمد ينعقد موقوفا) وقال مالك والشافعي رحمهما الله . لاينعقد النكاح بعبارة النساء أصلا لأن النكاح يراد لمقاصده والتفويض إليهن مخل بها ، إلا أن محمدا رحمه الله يقول : يرتفع الخلل باجازة الولى .

وعن أبي يوسف ثلاث روايات : لايجوز مطلقا إذاكان لها ولى ثم رجع إلى الجواز من الكفء لامن غيره ، ثم رجع إلى الجواز مطلقا من الكفء وغيره . وروايتان عن محمد : انعقاده موقوفا على إجازة الولى إن أجازه نفذ وإلا بطل ، إلا أنه إذا كان كفأ وامتنع الولى يجدد القاضى العقد ولا يلتفت إليه . ورواية رجوعه إلى ظاهر الرواية . فتحصل أن الثابت الآن هو اتفاق الثلاثة على الجواز مطلقا من الكفء وغيره ، هذا على الوجه الذى ذكرناه عن أبي يوسف من ترتيب الروايات عنه وهو ماذكره السرخسى ، وأما على ماذكره الطحاوى من أن قوله المرجوع إليه عدم الجواز إلا بولى . وكذا الكرخى فى مختصره حيث قال : وقال أبو يوسف : لايجوز إلا بولى وهو قوله الأخير فلا . ورجح قول الشيخين لأنهما أقدم وأعرف بمذاهب أصحابنا ، لكن ظاهر الهداية اعتبار مانقله السرخسى والتعويل عليه حيث قال عند أبي حنيفة وأبي يوسف فى ظاهر الرواية وعن أبي يوسف الخ . وعلى المختار للفتوى لو زوّجت المطلقة ثلاثا نفسها بغير كفء ودخل بها لاتحل للأوّل . قالوا : ينبغى أن تحفظ هذه المسئلة فإن المحلل فى الغالب يكون غير كفء . وأما لو باشر الولى عقد المحلل فإنها تحل للأوّل . وإذا جاز من غير الكفء على ظاهر المذهب فللولى أن يفرق بينهما على مانذكره فى فصل الكفاءة إن شاء الله تعالى . وقال الشافعى رحمه الله : لاينعقد بعبارة النساء أصلا أصيلة كانت أو وكيلة (قوله لأن النكاح) شروع فى الاستدلال لقول الشافعى ومالك ، وهو أن النكاح لايراد لذاته بل لمقاصده من السكن والاستقرار لتحصيل النسل

وأما وجه من لم يجوّزه بدون الولى كأبي يوسف فى غير ظاهر الرواية ومالك والشافعى فما قال (لأن النكاح يراد لمقاصده والتفويض إليهن مخلّ بها) لأنهن سريعات الاغترار سيئات الاختيار لاسيما عند التوقان . وهو مردود بما إذا أذن لها الولى كما اختاره محمد فإن الخلل ينجبر به فكان الواجب الجواز حينئذ وهم لايقولون به . وأيضا المدعى أن النكاح لاينعقد بعبارة النساء، فالدليل المطابق بيان الخلل فى العبارة والاعتذار بأن هذا التعليل تعليل

(قال المصنف : وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها) أقول : أى بعقدها الدال على رضاها (قال المصنف : وإن لم يعقد عليها ولى) أقول : ولم يأذن ولايبعد أن يراد لم يعقد عليها تسبيبا ومباشرة تأمل (قوله وهو مردود بما إذا أذن لها الولى كما اختاره محمد رحمه الله) أقول : قال ابن حجر فى شرح البخارى : وتعقب بأن إذن الولى لايصح إلا لمن ينوب عنه ، والمرأة لاتنوب عنه فى ذلك لأن الحق لها ، ولو أذن لها فى إنكاح نفسها صارت كمن أذن لها فى البيع من نفسها ولايصح اه ولايخفى عليك وهن هذا الكلام ، فإن النكاح عقد على منافع البضع فتصير هى بالإذن كالمأذون له بأن يؤجر نفسه فتأمل . قال الجلال المحلى الشافعى فى شرح المنهاج « لاتزوج المرأة نفسها » بإذن من وليها ولا دون إذنه « ولاغيرها بوكالة » عن الولى ولا بولاية « ولاتقبل نكاحا لأحد » بولاية ولا بوكالة قطعا لها عن هذا الباب ، إذ لايليق بمحاسن العادات دخولها فيه لما قصد منها من الحياء وعدم ذكره أصلا ، وقد قال الله تعالى ﴿ الرجال قوامون على النساء ﴾ وتقدم حديث « لانكاح إلا بولى » وروى ابن ماجه حديث « لاتزوج المرأة المرأة ولا المرأة نفسها » وأخرجه الدارقطنى بإسناد على شرط الشيخين اه . أقول : فى قوله قطعا لها الخ بحث (قوله وأيضا المدعى أن النكاح لاينعقد الخ) أقول : إذا تأملت أدنى تأمل ظهر لك أن هذا الوجه لايغاير الأول فى المآل هكذا قيل .

ووجه الجواز أنها تصرفت فى خالص حقها وهى من أهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف فى المال ولها اختيار الأزواج ،

وتربيته ولا يتحقق ذلك مع كل زوج ، والتفويض إليهن مخل بهذه المقاصد لأنهن سريعات الاغترار سيئات الاختيار فيخترن من لايصلح خصوصا عند غلبة الشهوة وهو غالب أحوالهن ، فصارت الأنوثة مظنة قصور الرأى لما غلب على طبعهن مما ذكرنا ، فاستلزم هذا التقرير كون علة ثبوت الولاية فى النكاح الأنوثة ، ولاشك أنه قاصر عن عموم الدعوى فإنها لو عقدت بإذن الولى لها فى رجل معين كقول محمد لايصح عندهم ، والوجه المذكور لايشمله ، ونحن نمنع علية الأنوثة ونهيها عن المباشرة ندب كى لاتنسب إلى الوقاحة . بل العلة ليست إلا

أن لايفوض إليهن أمر النكاح مطلقا من غير نظر إلى أن يأذن الولى أو لا غير دافع لانتفاء المطابقة. وأما وجه من جوّزه فهو (أنها تصرفت فى خالص حقها وهى من أهله لكونها عاقلة مميزة ، ولهذا كان لها التصرف فى المال ولها اختيار الأزواج) بالاتفاق ، وكل تصرف هذا شأنه فهو جائز بلا خلاف . فإن قلت : لانسلم أنها تصرفت خالص حقها بل فى حق تعلق به حق الأولياء ولهذا لايجوز إذا لم يكن بكفء . فى رواية . قلت: لافرق فى ظاهر الرواية فلا يرد عليه ، وأما على رواية الحسن عن أبى حنيفة فالجواب أن المراد بخالص حقها ماكان من الموضوعات الأصلية التى تترتب على النكاح من تمليك منافع بضعها واستيجاب المهر والنفقة والكسوة والسكنى ونحوها ، وكل ذلك خالص حقها فلا يعتبر بالعارض من لحوق العار للأولياء . فإن قيل : هذا استدلال بالرأى فى مقابلة الكتاب والسنة ومثله فاسد . أما الكتاب فقوله تعالى ـ فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن ـ نهى الولى عن العضل وهو المنع ، وإنما يتحقق منه المنع إذا كان الممنوع فى يده . وأما السنة فما روى فى السنن عن ابن جريج عن سليمان ابن موسى عن الزهرى عن عروة عن عائشة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل » فالجواب أن الآية مشتركة الإلزام لأنه نهاهم عن منعهن عن النكاح فدل على أنهن يملكنه ، وأن قوله تعالى ـ فلا جناح عليهن فيما فعلن فى أنفسهن ـ وقوله ـ حتى تنكح زوجا غيره ـ

ولكن لايخفى عليك أن نفى الجواز بدون الولى أمر ونفيه بعبارتهن أمر آخر ، فالرد الأول رد على أبى يوسف رحمه الله أيضا بخلاف الثانى (قوله لانتفاء المطابقة) أقول : فيه بحث ، فإنه إن أراد انتفاء المطابقة على تقرير المصنف فلا ضير ، وإن أراد انتفاءها على ماوضعه المعلل فغير مسلم (قوله وأما وجه من جوزه فهو أنها تصرفت فى خالص حقها وهى من أهله الخ) أقول : أنت خبير بأن الخصم يمنع وينازع فى أهليتها لهذا التصرف ويقول لم يجعلها الشارع أهلا له ، وقوله لكونها عاقلة الخ لايدل عليه ، فإن العبد العاقل البالغ كذلك وهو محجور عن كثير من التصرفات ، وبين المال والبضع فرق (قوله قلت لافرق فى ظاهر الرواية فلا يرد عليه) أقول : أنت خبير بأن المنع متوجه إلى الروايتين ظاهرها وغير ظاهرها ، ولايقدح فى ذلك قوله ولهذا لايجوز الخ فإنه تنوير السند والمنع يتم بدونه ، ألا يرى أن للولى حق الفسخ فى ظاهر الرواية ، فلو لم يتعلق به حق لما كان كذلك (قوله فإن قيل هذا استدلال ، إلى قوله : وأما الكتاب فقوله تعالى ـ فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن ـ نهى الولى عن العضل وهو المنع الخ) أقول : وهذا الاستدلال منهم إنما يصح إذا كان الخطاب فى لاتعضلوهن للأولياء وهو ممنوع ، بل الخطاب للأزواج كى لايبقى الشرط بلا جزاء ، والتفصيل المشبع فى التفسير الكبير للإمام فخر الدين الرازى (قوله وإنما يتحقق منه المنع إذا كان الممنوع فى يده) أقول : إن أراد إذا كان الممنوع فى يده شرعا فليس كذلك عند الخصم ، فإن النهى عندهما يقتضى المشروعية على ما يجىء تفصيله فى البيع الفاسد ، إلا أن يكون مرادهم الإلزام وهو بعيد ، وإن أراد غير ذلك فلا يفيده ولا يضرنا (قوله فالجواب أن الآية مشترك الإلزام) أقول : ويرد أيضا أن واحدا من هذين الاستدلالين لايدل على مطلوب الخصم من عدم الانعقاد بعبارتهن (قوله وإن قوله تعالى ـ فلا جناح عليهن فيما فعلن فى أنفسهن ـ) أقول : أى فيما فعلن فى أنفسهن بالمعروف ، وتزويجها نفسها

وإنما يطالب الولى بالتزويج كى لاتنسب إلى الوقاحة، ثم فى ظاهر الرواية لافرق بين الكفء وغيره الكفء ولكن للولى الاعتراض فى غير الكفء .

الصغر على ما سنبين ، والمفسدة المذكورة ليست لازمة لمباشرتها ولا غالبة ، ولا يناط الحكم بالأنوثة إذ ليست ملزومة دائما ولا غالبا كما هو شأن المظنة ، ومجرد الوقوع أحيانا لايوجب المظنة ، وإذا وجد فللولى رفعه ، وكون ولى يحتشم عن ذلك قليل بالنسبة إلى من يقوم فى دفع العار المستمر عن نفسه ، فوقوع المفسدة قليل وتقريرها بعد وقوعها قليل فى قليل فانتفت المظنة ، وبقى أنها تصرفت فى خالص حقها وهى من أهله لكونها عاقلة بالغة ، ولهذا كان لها اختيار الأزواج فلا تزوج ممن لاترضاه . ثم استشعر أن يورد عليه منع أنه خالص حقها وإلا لم يطالب الولى به . فأجاب بأنه إنما يطالب الولى به كى لاتنسب إلى الوقاحة . وهذا كلام على السند وهو غير مفيد إلا لو ساوى وهو منتف ، فإن له أدلة أخرى سمعية هى المعول عليها وهى قوله تعالى ـ فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن ـ نهى الأولياء عن منعهن من نكاح من يخترنه ، وإنما يتحقق المنع ممن فى يده الممنوع وهو الإنكاح ، وما فى السنن عن عائشة رضى الله عنها أنه صلى الله عليه وسلم قال « أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل » حسنه الترمذى . وقوله صلى الله عليه وسلم « لانكاح إلا بولى » رواه أبوداود والترمذى وابن ماجه وأحاديث أخر فى ذلك . والجواب ؛ أما الآية فمعناها الحقيقى النهى عن منعهن عن مباشرة النكاح هذا هو حقيقة لاتمنعوهن أن ينكحن أزواجهن إذا أريد بالنكاح العقد . هذا بعد تسليم كون الخطاب للأولياء وإلا فقد قيل للأزواج فإن الخطاب معهم فى أول الآية ـ وإذا طلقتم النساء فلا تعضلوهن ـ أى لاتمنعوهن حسا حبسا بعد انقضاء العدة أن يتزوجن ، ويوافقها قوله تعالى ـ حتى تنكح زوجا غيره ـ لأنه حقيقة

وقوله ـ أن ينكحن أزواجهن ـ يعارضها . وأما الحديث فساقط الاعتبار لأن ابن جريج سأل الزهرى عنه فلم يعرفه ، وفى رواية فأنكره ، ولأن عائشة عملت بخلافه زوجت بنت أخيها عبد الرحمن من المنذر بن الزبير ، وذلك يدل على نسخه ، ولأنه معارض بقوله عليه الصلاة والسلام « الأيم أحق بنفسها من وليها » والأيم اسم لامرأة لازوج لها بكرا كانت أو ثيبا ، هذا هو الصحيح عند أهل اللغة ، وإذا كان الكتاب والسنة متعارضين ترك المصنف الاستدلال بهما للجانبين وصار إلى المعقول ، وهو مروى عن عمر وعلى وعبد الله بن مسعود . وقوله (وإنما يطالب الولى بالتزويج) جواب عما يقال إذا تصرفت فى خالص حقها فلم أمر الولى بالتزويج إذا طالبته ، وأى حاجة لها إلى طلب التصرف من الولى فى خالص حقها . ووجهه أنها بمباشرة هذا التصرف تنسب إلى الوقاحة فجعل التصرف من الولى فى خالص حقها واجبا عليه صيانة لها عن النسبة إليها . وقوله (ولكن للولى الاعتراض فى غير الكفء) يعنى إذا لم تلد من الزوج . وأما إذا ولدت فليس للأولياء حق الفسخ كى لايضيع الولد عمن

من الكفء فعل بالمعروف فوجب أن يصح (قوله وقوله أن ينكحن أزواجهن يعارضها) أقول : فإن الله تعالى أضاف النكاح إليهن إضافة الفعل إلى فاعله والتصرف إلى مباشره (قوله ولأن عائشة عملت بخلافه) أقول : قال الشيخ الإمام علاء الدين التركانى فى كتابه المسمى بالجوهر النقى فى الرد على البيهقى : ثم إن عائشة الراوية للحديث مخالفته على ماسيذكره البيهقى فى هذا الباب وكذلك الزهرى أيضا روى الحديث ثم خالفه قال صاحب الاستذكار : كان الزهرى يقول : إذا تزوجت المرأة بغير إذن وليها جاز ، وهو قول الشعبى وأبى حنيفة وزفر اه (قوله وذلك يدل على نسخه) أقول : بل يدل على ضعفه ووهنه .

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه لايجوز فى غير الكفء

إسناد الفعل إلى الفاعل . وأما الحديث المذكور وما بمعناه من الأحاديث فعارضة بقوله صلى الله عليه وسلم « الأيم أحق بنفسها من وليها » رواه مسلم وأبوداود والترمذى والنسائى ومالك فى الموطإ . والأيم : من لازوج لها بكرا كانت أو ثيبا . فى كتاب الأمثال لأبى عبيدة فى أمثال أكثم بن صيفى : كل ذات بعل ستئيم . يضرب لتحوّل الزمن بأهله ، وأنشد قول الأول :

أفاطم إنى هالك فتثبتى ولا تجزعى كل النساء تئيم

وجه الاستدلال أنه أثبت لكل منها ومن الولى حقا فى ضمن قوله أحق ، ومعلوم أنه ليس للولى سوى مباشرة العقد إذا رضيت وقد جعلها أحق منه به ، فبعد هذا إما أن يجرى بين هذا الحديث ، وماورووا حكم المعارضة والترجيح أو طريقة الجمع ، فعلى الأول يترجح هذا بقوّة السند وعدم الاختلاف فى صحته ، بخلاف الحديثين فإنهما إما ضعيفان فحديث « لا نكاح إلا بولى » مضطرب فى إسناده فى وصله وانقطاعه وإرساله قال الترمذى : هذا حديث فيه اختلاف ، وسمى جماعة منهم إسرائيل وشريك ، رووه عن أبى إسحاق عن أبى بردة عن أبى موسى الأشعرى عن النبى صلى الله عليه وسلم . ورواه أسباط بن محمد وزيد بن حبان عن يونس بن أبى إسحاق عن أبى بردة عن أبى موسى . ورواه أبو عبيدة الحداد عن يونس بن أبى إسحاق عن أبى بردة ولم يذكر فيه عن أبى إسحاق فقد اضطرب فى وصله وانقطاعه . وقد روى شعبة وسفيان الثورى عن يونس بن أبى إسحاق عن أبى بردة عن النبى صلى الله عليه وسلم ، وهذا اضطراب فى إرساله لأن أبا بردة لم يره النبى صلى الله عليه وسلم وشعبة وسفيان أضبط من كل من تقدم . قال : وأسنده بعض أصحاب سفيان عن سفيان ولا يصح ثم أسند إلى شعبة قال : سمعت سفيان الثورى يسأل أبا إسحاق أسمعت أبا بردة يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا نكاح إلا بولى » قال نعم . ولا يخفى أن هذا الكلام إلزامى ، أما على رأينا فلا يضر الإرسال ، وحديث عائشة رضى الله عنها عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهرى عن عروة عن عائشة رضى الله عنها وقد أنكره الزهرى . قال الطحاوى : وذكر ابن جريج أنه سأل عنه ابن شهاب فلم يعرفه ، حدثنا بذلك ابن أبى عمران : حدثنا يحيى بن معين عن ابن علية عن ابن جريج بذلك . وإما حسنان بناء على أن الأصح فى الأول وصله لأن الوصل والرفع مقدمان على الوقف والإرسال عند التعارض على الأصح وإن كان شعبة وسفيان أحفظ من غيرهما ، لكن حكاية شعبة تفيد أنهم سمعاه من أبى إسحاق فى مجلس واحد ظاهرا وغيرهما سمعوه منه فى مجالس . وفى الثانى أن الثقة قد ينسى الحديث ولا يعد قادحا فى صحته بعد عدالة من روى عنه وثقته . ولذلك نظائر أشهرها ماروى أن ربيعة ذكر لسهيل بن أبى صالح

يربيه . قال فى النهاية : ولكن فى مبسوط شيخ الإسلام : وإذا زوّجت المرأة نفسها من غير كفء فعلم الولى بذلك فسكت حتى ولدت أولادا ثم بدا له أن يخاصم فى ذلك فله أن يفرّق بينهما ، لأن السكوت إنما جعل رضا فى حق النكاح فى حق البكر نصا بخلاف القياس ، قال : كذا كان مكتوبا بخط شيخى . وقوله (وعن أبى حنيفه وأبى يوسف أنه لايجوز فى غير الكفء) يعنى لدفع ضرر العار عن الأولياء . قال شمس الأئمة : وهذا أقرب إلى

(قوله لأن السكوت إنما جعل رضا فى حق النكاح) أقول : سقوط حق الفسخ لم يكن لجعل السكوت رضا بل لئلا يضيع الولد عمن يربى كما لايخفى .

لأن كم من واقع لايرفع . ويروى رجوع محمد إلى قولهما **(ولا يجوز للولى إجبار البكر البالغة على النكاح) خلافا للشافعى رحمه الله . له الاعتبار بالصغيرة وهذا لأنها جاهلة بأمر النكاح لعدم التجربة**

حديثا فأنكره ، فقال له ربيعة : أنت حدثتنى به عن أبيك فكان سهيل يقول بعد ذلك حدثنى ربيعة عنى ، اللهم إلا أن يقال هذا فى عدم التكذيب ، أما إذا كذبه بأن يقول مارويت ذلك فنصوا فى الأصول على رده . وفى حكاية ابن جريج إيماء إلى ذلك فى رواية ابن عدى فى الكامل إياها فى ترجمة سليمان بن موسى حيث قال : قال ابن جريج : فلقيت الزهرى فسألته عن هذا الحديث فلم يعرفه ، فقلت له : إن سليمان بن موسى حدثنا به عنك ، قال : فأثنى على سليمان خيرا وقال : أخشى أن يكون وهم علىّ اهـ . فهذا اللفظ فى عرف المتكلمين من أهل العلم يفيد معنى نفيه بلفظ النفى . وأما ماضعفه به من أن عائشة رضى الله عنها راويته عملت بخلافه على مافى الموطإ عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة رضى الله عنها أنها زوّجت حفصة بنت عبد الرحمن من المنذر بن الزبير وعبد الرحمن غائب بالشأم فلما قدم عبد الرحمن قال : ومثلى يفتات عليه فى بناته ، فكلمت عائشة رضى الله عنها المنذر بن الزبير فقال : إن ذلك بيد عبد الرحمن ، وقال عبد الرحمن : ما كنت لأردّ أمرا قضيته ، فاستمرت حفصة عند المنذر ولم يكن ذلك طلاقا فأوّل على معنى أنها أذنت فى التزويج ومهدت أسبابه ، فلما لم يبق إلا العقد أشارت إلى من يلى أمرها عند غيبة أبيها أن يعقد ، يدل على ذلك ما روى عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه قال : كانت عائشة رضى الله عنها تخطب إليها المرأة من أهلها فتشهد ، فإذا بقيت عقدة النكاح قالت لبعض أهلها : زوّج فإن المرأة لاتلى عقد النكاح . وفى لفظ : فإن النساء لاينكحن . أسنده البيهقى عنه . وعلى كلا التقديرين فالتقدمة للصحيح ، وهو مارواه مسلم وأبو داود والترمذى والنسائى ومالك فى الموطإ وهو ما استدللنا به . وعلى الثانى وهو إعمال طريقة الجمع فبأن يحمل عمومه على الخصوص وذلك سائغ ، وهذا يخص حديث أبى موسى بعد جواز كون النفى للكمال والسنة ، وهو محمل قوله فإن النساء لا تلى ولا ينكحن فى رواية البيهقى . وبأن يراد بالولى من يتوقف على إذنه ، أى لانكاح إلا بمن له ولاية لينفى نكاح الكافر المسلمة والمعتوهة والأمة والعبد أيضا ، لأن النكاح فى الحديث عام غير مقيد . وعلى هذا التأويل يتم العمل بالحديث الجامع لاشتراط الشهادة والولى وهو ماقدمناه من رواية ابن حبان فى فصل الشهادة . ويخص حديث عائشة بمن نكحت غير الكفء ، والمراد بالباطل حقيقته على قول من لم يصحح ما باشرته من غير كفء أو حكمه على قول من يصححه ، ويثبت للولى حق الخصومة فى فسخه ، كل ذلك سائغ فى إطلاقات النصوص ويجب ارتكابه لدفع المعارضة بينها ، على أنه يخالف مذهبهم ، فإن مفهومه إذا أنكحت نفسها بإذن وليها كان صحيحا وهو خلاف مذهبهم ، والله سبحانه أعلم . فثبت مع المنقول الوجه المعنوى وهو أنها تصرفت فى خالص حقها وهو نفسها وهى من أهله كالمال فيجب تصحيحه مع كونه خلاف الأولى (قوله ولايجوز للولى إجبار البكر البالغة على النكاح) معنى الإجبار أن يباشر العقد فينفذ عليها شاءت أو أبت ، ومبنى الخلاف أن علة ثبوت ولاية الإجبار أهو الصغر أو البكارة ؟ فعندنا الصغر ، وعند الشافعى البكارة ، فانبنى على هذه ما إذا زوّج الأب الصغيرة فدخل بها وطلقت قبل البلوغ

الاحتياط . فليس كل ولى يحسن المرافعة إلى القاضى ، ولا كل قاض يعدل ، وهو معنى قوله (لأن كم من واقع لايرفع ويروى رجوع محمد إلى قولهما) يعنى ينعقد نكاحها عنده أيضا بلا ولى ولا يوقف على الإجازة . قال (ولا يجوز للولى إجبار البكر البالغة على النكاح) إجبار البكر البالغة على النكاح لايجوز عندنا (خلافا للشافعى)

ولهذا يقبض الأب صداقها بغير أمرها . ولنا أنها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليها ولاية،والولاية على الصغيرة لقصور عقلها وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار كالغلام وكالتصرف فى المال ،

لم يجز للأب تزويجها عنده حتى تبلغ فتشاور لعدم البكارة . وعندنا له تزويجها لوجود الصغر . وحاصل وجه قوله أنه ألحق البكر الكبيرة بالبكر الصغيرة فى ثبوت ولاية إجبارها فى النكاح بجامع الجهل بأمر النكاح وعاقبته ونحن نمنع أن الجهل بأمر النكاح هو العلة فى الأصل بل هو معلوم الإلغاء للقطع بجوازه عند البيع والشراء ممن جهله لعدم الممارسة ، مع أن الجهل منتف لأنه قلما تجهل بالغة معنى عقد النكاح وحكمه وبهذا يسقط ما يمكن أن يقال ليكن الجهل حكمة تعليق الحكم بالصغر كما ذكرتم . لكن يجوز تعدية الحكم باعتبار الحكمة المجردة إن وجدت على المختار ، بل تعليق الحكم فى الأصل بالصغر المتضمن لقصور العقل المخرج له عن أهلية أن يرجع إليه فى رأى أو يلتفت إليه فى أمر ونهى . وهذا الذى ظهر أثره فى التصرفات من البيع والشراء والإجارة والاقتضاء وغيرها من سائر التصرفات اتفاقا . على أن الخلاف فى الحكمة المجردة الظاهرة المنضبطة . وظاهر كلام الفريقين هناك أن ذلك لم يتحقق فى الشرع بعد . ثم لا يخفى أن الجهل غير منضبط بل يختلف باختلاف الأشخاص فلا يعتبر أصلا . بل المظنة والكلام فيها أهى البكارة أو الصغر فقلنا الصغر . أما البكارة فمعلوم إلغاؤها من الصريح والدلالة ونوع من الاقتضاء ومقصود الشرع . أما الصريح ففى سنن أبى داود والنسائى وابن ماجه ومسند الإمام أحمد من حديث ابن عباس رضى الله عنهما «أن جارية بكرا أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت أن أباها زوّجها وهى كارهة فخيرها النبى صلى الله عليه وسلم» وهذا حديث صحيح، فإنه عن حسين: حدثنا جرير عن أيوب عن عكرمة عن ابن عباس ، وحسين هو ابن محمد المروزى أحد المخرج لهم فى الصحيحين . وقول البيهقى إنه مرسل لرواية أبى داود إياه من حديث محمد بن عبيد عن حماد بن زيد عن أيوب عن عكرمة مرسلا ، ونقل ابن أبى حاتم عن أبيه تخطئة الوصل لرواية حماد هذه . وابن علية عن أيوب عن عكرمة عن النبى صلى الله عليه وسلم مرسلا . ونسبة الوهم فى الوصل إلى حسين لأنه لم يروه عن جرير غيره مردود . أما أولا فبحجية المرسل الصحيح. وأما ثانيا فقد تابع حسينا على الوصل عن جرير سليمان بن حرب . كما نقله صاحب التنقيح عن الخطيب البغدادى قال : فبرئت عهدته ، يعنى حسينا وزالت تبعته ثم أسنده عنه قال : ورواه أيوب عن سويد هكذا عن الثورى عن أيوب موصولا . وكذلك رواه معمر بن سليمان عن زيد بن حبان عن أيوب فزال الريب وصار الحاصل أن عكرمة قال مرة : إن جارية بكرا أتت النبى صلى الله عليه وسلم فأرسل . وذكر مرة أو مرارا الواسطة بينه وبين النبى صلى الله عليه وسلم ولا بدع فى ذلك . قال ابن القطان : حديث ابن عباس هذا صحيح ، وليست هذه خنساء بنت خذام التى زوجها أبوها وهى ثيب فكرهته فرد النبى صلى الله عليه وسلم نكاحه . فإن هذه بكر وتلك ثيب اهـ . على أنه روى أن خنساء أيضا كانت بكرا . أخرج النسائى فى سننه حديثها وفيه أنها كانت بكرا . ورواه عن عبد الله بن يزيد عن خنساء قالت : أنكحنى أبى وأنا كارهة وأنا بكر . فشكوت ذلك إلى النبى

وهو مذهب ابن أبى ليلى . له أن الصغيرة إذا كانت بكرا تزوّج كرها فكذا البالغة ، والجامع بينهما الجهالة بأمر النكاح لعدم التجربة (ولهذا) أى ولكونها جاهلة بأمر النكاح (يقبض الأب صداقها بغير أمرها ، ولنا أنها حرة مخاطبة) لأن الكلام فى الحرة البالغة وكل من كانت كذلك (لا يكون للغير عليها ولاية) وقوله (والولاية على الصغيرة) جواب عن قياسه على الصغيرة بالمفارقة ، وذلك لأن الولاية على الصغيرة إنما كانت (لقصور عقلها)

. . . .

صلى الله عليه وسلم . الحديث ، لكن رواية البخاري تترجح . قال ابن القطان : والدليل على أنهما ثنتان ما أخرجه الدارقطني عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم رد نكاح ثيب وبكر أنكحهما أبوهما وهما كارهتان . قال ابن القطان : وتزوجت خنساء بمن هويته وهو أبو لبابة بن عبد المنذر ، صرح به فى سنن ابن ماجه فولدت له السائب بن أبى لبابة اهـ . وهذا الحديث وإن كان فيه إسحاق بن إبراهيم بن جرير الطبرى وهو ضعيف لكن لم يتفرد به عن النمارى فقد رواه عنه أيضا أبو سلمة مسلم بن محمد بن عمار الصنعانى . ووهم الدارقطني النمارى نفسه عن الثورى وصوب إرساله عن يحيى عن المهاجر عن عكرمة مرسلا ، وعلى كل حال يتم به المقصود الذى سقناه له . وأخرج الدارقطني عن شعيب بن إسحاق عن الأوزاعى عن عطاء عن جابر « أن رجلا زوج ابنته وهى بكر من غير أمرها ، فأتت النبي صلى الله عليه وسلم ففرق بينهما » فهذا عن جابر ، ووهم شعيبا فى رفعه قال : والصحيح أنه مرسل ، وبه يتم مقصودنا إما لأنه حجة وإما لأنا ذكرناه للاستشهاد والتقوية . وأحاديث أخر رويت عن ابن عمر وعائشة وإن تكلم فيها . وأما ما استدلوا به من قوله صلى الله عليه وسلم « الثيب أحق بنفسها من وليها ، والبكر يستأمرها أبوها فى نفسها » باعتبار أنه خص الثيب بأنها أحق ، فأفاد أن البكر ليست أحق بنفسها منه فاستفادة ذلك بالمفهوم وهو ليس حجة عندنا ، ولو سلم فلا يعارض المفهوم الصريح الذى ذكرناه من رده ، ولو سلم فنفس نظم باقى الحديث يخالف المفهوم وهو قوله صلى الله عليه وسلم « والبكر يستأمرها » الخ ، إذ وجوب الاستئمار على مايفيده لفظ الخبر مناف للإجبار لأنه طلب الأمر أو الإذن ، وفائدته الظاهرة ليست إلا ليستعلم رضاها أو عدمه فيعمل على وفقه ، هذا هو الظاهر من طلب الاستئذان فيجب البقاء معه وتقديمه على المفهوم لو عارضه . والحاصل من لفظ إثبات الأحقية للثيب بنفسها مطلقا ، ثم أثبت مثله للبكر حيث أثبت لها حق أن تستأمر ، وغاية الأمر أنه نص على أحقية كل من الثيب والبكر بلفظ يخصها كأنه قال : الثيب أحق بنفسها والبكر أحق بنفسها أيضا ، غير أنه أفاد أحقية البكر بإخراجه فى ضمن إثبات حق الاستئمار لها . وسببه أن البكر لاتخطب إلى نفسها عادة بل إلى وليها ، بخلاف الثيب ، فلما كان الحال أنها أحق بنفسها وخطبتها تقع للولى صرح بإيجاب استئماره إياها فلا يفتات عليها بتزويجها قبل أن يظهر رضاها بالخاطب ، ويعضد هذا المعنى الرواية الأخرى الثابتة فى صحيح مسلم وأبى داود والترمذى والنسائى ومالك فى الموطإ « الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن فى نفسها ، وإذنها صماتها » والأيم من لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا على ماذكرناه قرينا فإنها صريحة فى إثبات الأحقية للبكر ثم تخصيصها بالاستئذان وذلك لما قلناه من السبب وبه تتفق الروايتان ، بخلاف مامشوا عليه فإنه إثبات المعارضة بينهما وتخصيص المنطوق وهو الأيم لإعمال المفهوم ، مع أن باقى نفس رواية الثيب ظاهرة فى خلاف المفهوم على ماقررناه وصريح الرد الذى صح عنه صلى الله عليه وسلم كما مر ، فلا يجوز العدول عما ذهبنا إليه فى تقرير الحديث خصوصا وهو جمع ظاهر لابطريق الحمل والتخصيص ولايدفعه قاعدة لغوية ولا أصلية وفى سنن النسائى عن عائشة رضى الله عنها « أنها أخبرت أن فتاة دخلت عليها

وفيما نحن فيه ليس بموجود لأنه قد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار الإجبار عليها كالإجبار على الغلام ، فإن كان صغيرا جاز لقصور العقل ، وإن كان بالغا لايجوز وصار كالتصرف فى المال : أى فى مال البكر البالغة

وإنما يملك الأب قبض الصداق برضاها دلالة

فقالت : إن أبى زوجنى ابن أخيه ليرفع خسيسته وأنا كارهة ، فقالت اجلسى حتى يأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته ، فأرسل إلى أبيها فجعل الأمر إليها ، فقالت : يارسول الله قد أجزت ماصنع أبى ، وإنما أردت أن أعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شىء » وهذا يفيد بعمومه أن ليس له المباشرة حقا ثابتا بل استحباب . وفيه دليل من جهة تقريره صلى الله عليه وسلم قولها ذلك أيضا ، وهو حديث حجة ، وما قيل هو مرسل ابن أبى بردة فالمرسل حجة وبعد التسليم فليس بصحيح ، فإن سند النسائى قال : حدثنا زياد بن أيوب عن على بن عراب عن كهمس بن الحسن عن عبد الله بن بريدة ، ورواه ابن ماجه : حدثنا هناد بن السرى حدثنا وكيع عن كهمس بن الحسن عن ابن بريدة عن أبيه قال : جاءت فتاة ، وحمله على أن ذلك لعدم الكفاءة خلاف الأصل مع أن العرب إنما يعتبرون فى الكفاءة النسب والزوج كان ابن عمها . وأما الدلالة فلا ولاية له أن يتصرف فى أقل شىء من مال البكر البالغة إلا بإذنها ، وكل المال دون النفس فكيف يملك أن يخرجها قسرا إلى من هو أبغض الخلق إليها ويملكه رقها ، ومعلوم أن ذهاب جميع مالها أهون عليها من ذلك فهذا مما ينبو عنه قواعد الشرع . وأما الاقتضاء فجميع ما فى السنة من الصحاح والحسان المصرحة باستئذان البكر ومنع التنفيذ عليها بلا إذنها كما فى حديث أبى هريرة « لاتنكح البكر حتى تستأذن » الحديث ، وسيأتى لايعقل له فائدة إلا العمل على وفقه لاستحالة أن يكون الغرض من استئذانها أن تخالف . فلو كان الإجبار ثابتا لزم ذلك وعرى الأمر بالاستئذان عن الفائدة بل لزمت الإحالة ، ولما لم يكن الاقتضاء المصطلح قلنا فيما تقدم إنه نوع منه فظهر ظهورا لامرد له أن إيجاب استئذانها صريح فى نفى إجبارها والولاية عليها فى ذلك . وأما تحقيق مقصود شرعية العقد فلأن المقصود من شرعيته انتظام المصالح بين الزوجين ليحصل النسل ويتربى بينهما ولا يتحقق هذا مع غاية المنافرة ، فإذا عرف قيام سبب انتفاء المقصود الشرعى قبل الشروع وجب أن لايجوز لأنه حينئذ عقد لايترتب عليه فائدته ظاهرا ، بخلاف ما إذا لم يكن ذلك ظاهرا ثم يطرأ بعد العقد والله سبحانه أعلم (قوله وإنما يملك الخ) يعنى أن العادة جرت بقبض الآباء أصدقة الأبكار ليجهزوهن بها مع أموال أنفسهم من غير معارضة البنات فى ذلك لآبائهن ، ولاستحياء البنات من المطالبة والاقتضاء فكان الإذن منهن ثابتا دلالة نظرا إلى ماذكرنا فعن ذلك يبرأ الزوج بالدفع إليه إلا أن يوجد نهيها صريحا لأن الدلالة لاتعتبر مع الصريح بخلاف متعلقها . ومن فروع قبض الأب صداقها أنه لايملك إلا قبض المسمى حتى لو كانت بيضا لايلى قبض السود وبالعكس لأنه استبدال ولا يملكه . قال الحلوانى : هذا مذهب علمائنا . وعن علماء بلخ أنهم جوزوا ذلك وهو أرفق بالناس . وفى الفتاوى الصغرى : وإن قبض الضياع : يعنى بدل المسمى لايجوز إلا فى مكان جرت العادة فيه بذلك كما فى رساتيقنا يأخذون ببعض المهر ضياعا ، هذا إذا كانت كبيرة بكرا ، فلو كانت صغيرة جاز قبض الضياع وغيرها مما يختاره لأنه بيع والأب يملك بيع مال بنته الصغيرة : وفى النوازل : وإن كان فى بلد يتعارفون قبض الضياع بأضعاف قيمتها جاز لأنه قبض المهر بحكم العرف وليس شراء فى الحقيقة ، وللأب أن يطالب بالمهر وإن كانت الزوجة صغيرة لايستمتع بها ، بخلاف النفقة لأنها جزاء الاحتباس ، ووجوب المهر حكم نفس العقد . والجد عند عدم

فإنه لايجوز للأب التصرف فيه . وقوله (وإنما يملك الأب قبض الصداق برضاها دلالة) جواب عن قوله ولهذا يقبض الأب صداقها . ووجه ذلك أن الظاهر أن البكر تستحى عن قبض صداقها وأن الأب هو الذى يقبض ذلك

ولهذا لايملك مع نهيها . قال (وإذا استأذنها فسكتت أو ضحكت فهو إذن) لقوله صلى الله عليه وسلم « البكر تستأمر فى نفسها ، فإن سكتت فقد رضيت » ولأن جنبة الرضا فيه راجحة ، لأنها تستحى عن إظهار الرغبة لاعن الرد والضحك أدل على الرضا من السكوت ، بخلاف ما إذا بكت لأنه دليل السخط والكراهة . وقيل إذا

الأب كالأب ، ولا يملك غيرهما قبض المهر ولا الأم إلا بحكم الوصاية والزوجة صغيرة ، حتى لو قبضت الأم بلا وصاية فكبرت البنت لها مطالبة الزوج ويرجع هو على الأم ، كذا ذكر . وفى جوامع الفقه زاد : للقاضى قبض صداق البكر صغيرة كانت أو كبيرة إلا إذا زفت . ولو طلب الأب مهرها ، أعنى البكر البالغة فقال الزوج دخلت بها : يعنى فلا تملك قبضه ؛ لأنها خرجت عن حكم الأبكار وقال الأب بل هى بكر فى منزلى فالقول قول الأب لأن الزوج يدعى حادثا بلا بينة ، فإن قال الزوج حلفه أنه لم يعلم أنى دخلت بها قال الصدر الشهيد يحتمل أن يحلف وهو صواب لأن الأب لو أقر بذلك صح إقراره فى حق نفسه حتى لم يكن له أن يطالب بالمهر وكانت المطالبة للبنت فكان التحليف مفيدا . قال : ورأيت فى أدب الخصاف بأنه لايحلف ، ولو طالبت الزوج فادعى دفعه للأب ولا بينة غير أن الأب أقر أنه قبضه إن كانت البنت بكرا وقت الإقرار صدق أو ثيبا فلا ، لأن إقراره حالة البكارة فى حال ولاية قبضه بخلاف حال الثيوبة ، ولا يشكل عدم تصديقه حال الثيوبة إذا كانت كبيرة . فلو كانت صغيرة صدق ، ولو تزوجها صغيرة فدخل بها ثم بلغت فطلبت المهر فقال الزوج دفعته إلى أبيك وأنت صغيرة وصدقه الأب لايصح إقراره عليها اليوم . ولها أن تأخذ المهر من الزوج ، وليس للزوج أن يرجع على الأب لأنه أقر باستحقاقه القبض إلا إن قال عند القبض المهر أخذته منك على أن أبرأتك من صداق بنتى ، فحينئذ له أن يرجع عليه إذا أنكرت (قوله وإذا استأذنها فسكتت الخ) ظاهر حكما ودليلا ، والمراد بالسكوت الاختيارى ، فلو أخذها سعال أو عطاس أو أخذ فمها فخلصت فردت ارتد ، ولا فرق بين العلم والجهل . فى التجنيس : حتى لو زوجها أبوها فسكتت وهى لاتعلم أن السكوت رضا جاز ، ولو تبسمت يكون إذنا فى الصحيح ، وما حكاه بقوله وقيل إذا ضحكت كالمستهزئة لايكون رضا ، وضحك الاستهزاء لايخفى على من يحضره ، وإذا بكت بلا صوت لايكون ردا اختير للفتوى . وعن أبى يوسف فى البكاء أنه رضا لأنه لشدة الحياء . وعن محمد رد لأن وضعه لإظهار الكراهة . والمعول عليه اعتبار قرائن الأحوال فى البكاء والضحك ، فإن تعارضت أو أشكل احتيط ، وعن هذا ما اعتبر بعضهم من أن دموعها إن كانت حارة فهو رد أو باردة فهو رضا ، لكنه اعتبار قليل الجدوى أو عديمه ، إذ الإحساس بكيفيتى الدمع لايتهيأ إلا لخد الباكى ، ولو ذهب إنسان يحسه لايدرك حقيقة المقصود وليس بمعتاد ولا يطمئن به القلب ، إلا أنه كذا ذكر . وذكر شيخ الإسلام وغيره مسائل اعتبرت السكوت فيها رضا منها هذه ، وضممت إليها ماتيسر وقد جمعتها فى هذه الأبيات تسهيلا لحفظها :

سكوت بكر فى النكاح وفى ... قبض الأبين صداقها إذن
قبض المملك والمبيع ولو ... فى فاسد وإذا اشترى قن
وكذا الصبى وذو الشراء إذا ... كان الخيار له كذا سنوا

ليجهزها بذلك مع مال نفسه ليبعث بها إلى زوجها فكان ذلك إذنا دلالة (ولهذا لا يملك مع نهيها) لأن الدلالة تبطل بصريح يخالفها . وقوله (وإذا استأذنها الولى) ظاهر .

مولى الأسير يباع وهو يرى ... وأبو الوليد إذا انقضى الزمن
وعقيب شق الزق أو حلف ... ينفى به الإسكان إذ ضنوا
وعقيب قول مواضع تمضى ... أو وضع مال ذا له يرنو
وبلوغ جارية وزوّجها ... غير الأبين بذاك قد منوا
وكذا الشفيع وذو الجهالة فى ... نسب شراه من به ضغن
وإذا يقول لغيره فسكت ... هذا متاعى بعه يامعن
وإذا رأى ملكا يباع له ... وتصرفوا زمنا فلم يدنو

قولى سكوت بكر يشمل ماقبل النكاح وما بعده : أعنى إذا زوّجها فبلغها فسكتت ، وقبض المملك يدخل فيه الموهوب والمتصدّق به إذا قبض بمرأى من المملك فسكت كان قبضا معتبرا يثبت به الملك ، وكذا المبيع ولو فى بيع فاسد إذا قبضه المشترى بمرأى من البائع فسكت صح فيسقط حق حبس البائع إياه إلى استيفاء الثمن فليس له أن يستردّه بل يطالب بالثمن . وفى كتاب الإكراه لايكون إذنا صحيحا فى الفاسد . وإذا اشترى قن : يعنى إذا اشترى العبد شيئا بحضرة سيده فسكت كان إذنا . قال الحلوانى : لكن نفس ماوقعت الرؤية فيه لايجوز بل مابعده ، والصبى إذا اشترى أو باع بمرأى من وليه فسكت كالعبد ، وذو الشراء : أى المشترى عبدا إذا كان له الخيار فرأى العبد يبيع أو يشترى فسكت سقط خياره لأن الإذن فرع نفاذ البيع . ومولى الأسير : أى العبد الذى أسر إذا ظهر على دار الحرب فوقع فى سهم مسلم كان مولاه أحق به بالقيمة ، فلو باعه من آخر ومولاه يراه فسكت بطل حقه وليس له أن يأخذه . وأبو الوليد إذا سكت ولم ينفه حتى مضت أيام التهنئة على الخلاف فى مقدار زمنه أهو الأسبوع أو مدة النفاس لزمه فلا ينتفى بعد ، والسكوت عقيب شق رجل زقه حتى سال مافيه لايضمن الشاق ماسال وعقيب الحلف على أن لا أسكن فلانا وفلان ساكن فيحنث ، فإن قال عقبه اخرج فأبى لم يحنث . وعقيب قول مواضع أى رجل واضع غيره على أن يظهر بيع تلجئة ثم قال بدا لى أن أجعله بيعا نافذا بمسمع من الآخر فسكت ثم عقد كان نافذا . وعقيب وضع رجل متاعه بحضرته وهو ينظر إليه يكون قبولا للوديعة فيلزمه حفظها ويضمن بتركه . والشفيع إذا بلغه بيع مايشفع فيه فسكت كان تسليما ، وذو الجهالة : أى مجهول النسب إذا بيع فسكت فهو إقرار بالرق فلا يقبل دعواه الحرية إلا ببينة ، زاد الطحاوى فى اعتبار سكوته رضا . وقيل له قم مع سيدك فقام . وإذا يقول رجل لغيره بع متاعى فسكت ثم باعه بعد يكون سكوته قبولا للوكالة فلا يكون بيع فضولى ؛ وليس من فروع هذه مافى الجوامع : لو استأمر بنت عمه لنفسه وهى بكر بالغة فسكتت فزوّجها من نفسه جاز ، لأنه صار وكيلا بسكوتها . وإذا رأى ملكا له منقولا أو عقارا يباع فسكت حتى قبضه المشترى وتصرف فيه زمانا سقط دعواه إياه ذكره فى منية الفقهاء وغيرها ، بخلاف مالو كان سكوته عند مجرد البيع فإنه لايكون رضا اعترافا بأن لاحق فيه عندنا خلافا لابن أبى ليلى . والتى زدتها مسئلة الوديعة ، والاستقراء يفيد عدم

ضحكت كالمستهزئة بما سمعت لايكون رضا، وإذا بكت بلا صوت لم يكن ردا. قال (وإن فعل هذا غير ولى) يعنى استأمر غير الولى (أو ولى غيره أولى منه لم يكن رضا حتى تتكلم به) لأن هذا السكوت لقلة الالتفات إلى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا، ولو وقع فهو محتمل، والاكتفاء بمثله للحاجة ولاحاجة فى حق غير الأولياء، بخلاف ما إذا كان المستأمر رسول الولى لأنه قائم مقامه، ويعتبر فى الاستئمار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه

الحصر وهذه المشهورة المحصورة (قوله وإن فعل هذا) أى الاستئذان (غير ولى) بأن كان الأب كافرا أو عبدا أو مكاتبا (أو ولى غيره أولى منه) كالأخ مع الأب (لم يكن) سكوتها ولا ضحكها (رضا) بل نطقها به وهذا يشمل رسول الولى فأخرجه آخرا بقوله، بخلاف ما إذا كان المستأمر رسول الولى لأنه قائم مقامه فيكون سكوتها عند استئذانه رضا. وعن الكرخى: يكفى سكوتها وإن كان المستأمر أجنبيا لأن استحياءها منه أكثر منه مع الولى. قلنا: السكوت فيه له ظاهر آخر وهو قلة الالتفات إلى كلامه فصار محتملا على السواء فلم يقع دلالة على الرضا إلا للحاجة وهى تندفع باعتباره مع الأولياء لأنهم هم المزوّجون غالبا فكان اعتباره فى محل الحاجة، بخلاف غيرهم إذ لايعتبر المحتمل فى غير محل الحاجة، وإنما كان حاجة لأنها لاتنطق، فلو لم يكتف بالمحتمل تعطلت مصالحها، وهذا يقتضى أنه مع الأولياء أيضا محتمل على السواء. وينافيه قوله لأن جنبة الرضا فيه غالبة فكان الأولى الاقتصار على قوله فلم يقع دلالة على الرضا. وقول المصنف: ولو وقع كان محتملا، ظاهر العبارة: ولو وقع دلالة كان محتملا إن أراد احتمالا مساويا لم يصح جعله دلالة. وإن أراد مرجوحا كان الرضا مظنونا فهو دلالة فيكون كافيا مطلقا لايتقيد بحالة كون المستأمر وليا. فإن قيل: يشكل على هذا الحكم المذكور إطلاق قوله صلى الله عليه وسلم «إذنها أن تسكت» ونحوه من غير تقييد بكون المستأمر وليا. قلنا: يتقيد بالعرف والعادة وهى أن المستأذن للبكر ليس إلا الولى بل لايخلص إليها غيره (قوله ويعتبر فى الاستئمار) أى يعتبر فى كون السكوت رضا فى الاستئمار (تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة لها) إما باسمه كأزوّجك من فلان أو فلان أو فى ضمن العام لا كل عام نحو من جيرانى أو بنى عمى وهم محصورون معروفون لها لأن عند ذلك لايعارض كون سكوتها رضا معارض، بخلاف من بنى تميم أو من رجل لأنه لعدم تسميته يضعف الظن. ولو زوّجها بحضرتها فسكتت اختلف فيه، والأصح الصحة، وينبغى تقييده بما إذا كان الزوج حاضرا أو عرفته قبل ذلك ولو زوجها (١) بحضرتها بغير كفء فسكتت

وقوله (وإن فعل هذا) يعنى الاستئمار والاستئذان (غير ولى) وهو الأجانب أو قريب ليس بولى بأن كان كافرا أو عبدا أو مكاتبا (أو ولى غيره أولى منه) كاستئذان الأخ مع وجود الأب (لايكون رضا حتى تتكلم به لأن هذا السكوت لقلة الالتفات إلى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا) وقوله (ولو وقع) أى السكوت دليلا (فهو) دليل (محتمل) يحتمل الإذن والرد (والاكتفاء بمثله) فى الدلالة (للحاجة ولا حاجة فى حق غير الأولياء) لأنه فضولى، أو فى حق ولى غيره أحق لعدم الالتفات إلى كلامه (بخلاف ما إذا كان المستأمر رسول الولى لأنه قائم بمقامه) وقوله (ويعتبر فى الاستئمار تسمية الزوج) يعنى إذا استأمر فلا بد أن يسمى الزوج على وجه تعرفه. أما إذا أبهم وقال إنى أزوّجك رجلا فسكتت لايكون السكوت رضا

---

(١) قوله (ولو زوجها) إلى آخر العبارة: هذه زيادة ثبتت فى نسخة وسقطت من أخرى فحررها كتبه مصححه.

(ولا تشترط تسمية المهر هو الصحيح) لأن النكاح صحيح بدونه: ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا

لم يكن رضا فى قول محمد بن سلمة، وهو قول أبى يوسف ومحمد . قال الفقيه أبو الليث : وهو يوافق قولهما فى الصغيرة (قوله ولا يشترط تسمية المهر) أى فى كون السكوت رضا . وقيل يشترط لاختلاف الرغبة باختلاف الصداق قلة وكثرة ، والصحيح الأول لأن النكاح صحة بدونه . وصحح فى شرح الوافى أن المزوج إن كان الأب أو الجد لايشترط وإلا اشترط ، لأن الأب لو نزل عن مهر المثل لايكون إلا لمصلحة تربو عليه ، فإن سمى المهر أقل من مهر المثل لايكون سكوتها رضا اه . والأوجه الإطلاق ، وما ذكر من التفصيل ليس بشىء لأن ذلك فى تزويجه الصغيرة بحكم الجبر . والكلام فى الكبيرة التى وجبت مشاورته لها والأب فى ذلك كالأجنبى لايصدر عن شىء من أمرها إلا برضاها . غير أن رضاها يثبت بالسكوت عند عدم مايضعف ظن كونه رضا . ومقتضى النظر أن لايصح بلا تسمية المهر لها لجواز كونها لاترضى إلا بالزائد على مهر المثل بكمية خاصة ، فما لم تعلم ثبوتها لاترضى . وصحة العقد بلا تسمية هو فيما إذا رضيت بالتفويض وقنعت بمهر المثل بدلالة زائدة على السكوت ، وكون الظاهر من الأب أن لايتركه إلا لما يربو عليه لايقتضى رضاها بتركه لتلك المصلحة فقد لاتختار ذلك ؛ والكلام فى البكر الكبيرة ، والمسئلة المعروفة فيه من قول أبى حنيفة إنما هو فى الصغيرة ، أما الكبيرة فنفاذ تزويج الأب موقوف على رضاها كالوكيل ، غير أن سكوتها جعل دلالة شرعا . فإذا عارضه ترك التسمية أو تسمية الناقص صار محتملا على السواء لكونه للرضا أو لخوف الرد عليه مع عدمه فلا يثبت الرضا به ، وفى غيره ليس الاحتمال متساويا بل الراجح جنبة الرضا ، فما اكتفى إلا بالمظنون على ما ذكرناه آنفا . وقد يقال: سكوتها إذا لم يسم لها الولى مهرا مع علمها بأنه يعتبر رضا وينفذ العقد عليها تفويض ورضا بمهر المثل وبكل مهر ، لكن يدفع بأن علمها بأن سكوتها رضا مع عدم التسمية بكل مهر هو محل النزاع فلا يلزم علمها . وفى التجنيس فى باب مايكون رضا وإجازة : إذا ذكر الزوج ولم يذكر المهر فسكتت ، إن وهبها يعنى إن فوضها ينفذ النكاح، وإن زوجها بمهر مسمى لاينفذ ، لأنه إذا وهبها فتمام العقد بالزوج والمرأة عالمة به ، وإذا سمى مهرا فتمامه به أيضا . وهو فرع اشتراط التسمية فى كون السكوت رضا ، ويجب كون الجواب فى المسئلة الأولى مقيدا بما إذا علمت بالتفويض تفريعا على القول الآخر (قوله ولو زوجها فبلغها الخبر فهو على ما ذكرنا) من أنها إن سكتت أو ضحكت بلا استهزاء

(ولا يشترط تسمية المهر هو الصحيح) وقوله هو الصحيح احتراز عن قول من قال من المتأخرين لابد من تسمية المهر فى الاستئمار لأن رغبتها تختلف باختلاف الصداق فى القلة والكثرة . وجه الصحيح ماذكره أن للنكاح صحة بدونه فلا يحتاج إلى ذكره (ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ماذكرنا) من كونه رضا . وكان محمد بن مقاتل يقول : إذا استأمرها قبل العقد فسكتت فهو رضا منها بالنص ، فأما إذا بلغها العقد فسكتت فلا يتم العقد لأن الحاجة ههنا إلى الإجازة ، والسكوت لايكون إجازة لأن هذا ليس فى معنى المنصوص عليه فإن السكوت عند الاستئمار لايكون ملزما لتمكنها أن ترجع قبل العقد وحين بلغها الخبر يكون ملزما فلا يمكنها الرجوع فلا يلزم النكاح بمجرد السكوت ، لكنا نقول هذا فى معنى المنصوص لأن لها عند الاستئمار جوابين : لا ، ونعم . فيكون سكوتها دليلا على الجواب الذى يحول الحياء بينها وبينه وهو نعم لما فيه من إظهار الرغبة فى الرجال وهو موجود فيما إذا بلغها العقد . وهو معنى قوله لأن وجه الدلالة فى السكوت لايختلف .

لأن وجه الدلالة فى السكوت لايختلف ، ثم المخبر إن كان فضوليا يشترط فيه العدد أو العدالة عند أبى حنيفة رحمه الله

أو بكت بغير صوت فهو رضا وإلا فلا اهـ . وقال ابن مقاتل : لايكون السكوت بعد العقد رضا لأن كونه قبله رضا على خلاف القياس بالنص ، وأما بعده فالحاجة إلى الإجازة والسكوت لايكون إجازة لأنه ليس فى معنى المنصوص ، فإن السكوت عند الاستئمار ليس ملزما وبعده إذا بلغها الخبر ملزم فلا يثبت بمجرد السكوت . وعن أبى يوسف : السكوت بعد العقد رد ذكره فى البدائع ، قال : وهو قول محمد ، والأصح الأول لأن وجه كون السكوت رضا لايختلف قبل العقد وبعده ، فكما كان إذنا قبله لدلالته على الرضا وجب أن يكون إجازة بعده لدلالته عليه ، ولا أثر للفرق بكونه ملزما وعدمه على أن الحق أنه ملزم فى كل منهما ، غير أنه فى تقدم العقد يثبت به اللزوم فى الحال وقبله يتوقف على التزويج من المستأذن . فإن قيل . يوجه قول ابن مقاتل ورواية أبى يوسف بالنص وهو رواية الأئمة الستة عن أبى هريرة عنه صلى الله عليه وسلم قال « لاتنكح الأيم حتى تستأمر ، ولا تنكح البكر حتى تستأذن ، قالوا : يارسول الله وكيف إذنها ؟ قال : أن تسكت » فهذا صريح فى منع النكاح قبل الاستئذان . فالجواب أن الاتفاق على أنها لو صرحت بالرضا بعد العقد نطقا جاز النكاح مع أنه متناول ظاهر النهى ، فعلم أن الاتفاق على أن المراد بالنهى المنع عن تنفيذ العقد عليها وإبرامه قبل إذنها . وإنما الخلاف فى أن الإجازة بعد العقد بماذا تكون ، فقلنا : دل النص على كونها بما كان الإذن به قبله ، ولايعارضه النهى المذكور بعد الاتفاق ، على أن المراد منه ماذكرنا ، وعلى هذا فرعوا أنه لو استأذنها فى معين فردت ثم زوجها منه فسكتت جاز على الأصح ، بخلاف مالو بلغها فردت ثم قالت رضيت حيث لايجوز لأن العقد بطل بالرد فالرضا بعد ذلك بعقد مفسوخ ، ولذا استحسنوا التجديد عند الزفاف فيما إذا زوج قبل الاستئذان ، إذ غالب حالهن إظهار النفرة عند فجأة السماع . هذا والأوجه عدم الصحة لأن ذلك الرد الصريح لاينزل عن تضعيف كون ذلك السكوت دلالة الرضا ، ولو كانت قالت قد كنت قلت لا أريده ولم تزد على هذا لايجوز النكاح للإخبار بأنها على امتناعها .

[فروع] ولو زوجها وليان مستويان كل من واحد فسكتت ؛ فعن محمد بطلا كما لو أجازتهما معا وهو القياس لأن سكوتها رضا . وظاهر الجواب أنهما يتوقفان حتى تجيز أحدهما بالقول أو بالفعل . ونقله فى البدائع عن محمد فعنه حينئذ روايتان . ولو زوجها من رجل فبلغها فردت ثم قالت فى مجلس آخر بعد ماقال لها إن أقواما

وقوله (ثم المخبر إن كان فضوليا) اعلم أن محل الخبر إذا كان فى حقوق العباد فهو على ثلاثة أقسام : مافيه إلزام محض كالبيوع والأشربة والأملاك المرسلة ونحوها ، وما ليس فيه إلزام أصلا كالوكالات والمضاربات والرسالة فى الهدايا والإذن فى التجارات وما أشبه ذلك ، وما فيه إلزام من وجه دون وجه كالتى نحن فيها وأخواتها كعزل الوكيل وحجر المأذون وإخبار المولى بجناية عبده ونحوها . فالأول يشترط فيه العقل والعدالة والضبط والإسلام والحرية مع العدد ولفظ الشهادة . والثانى يشترط فيه التمييز دون العدالة . والثالث إن كان المبلغ رسولا أو وكيلا لم يشترط فيه العدالة لأنه قائم مقام غيره ، فلو أخبر الغير بنفسه لم يشترط فيه العدالة فكذا ههنا بالاتفاق ، وإن كان فضوليا يشترط فيه أحد شطرى الشهادة : إما العدد أو العدالة عند أبى حنيفة ، وعندهما هو نظير القسم الثانى

(قوله وإخبار المولى بجناية عبده) أقول : الأظهر أن يقول : وجناية العبد .

خلافا لهما ، ولو كان رسولا لايشترط إجماعا وله نظائر (ولو استأذن الثيب فلا بدّ من رضاها بالقول) لقوله صلى الله عليه وسلم « الثيب تشاور » ولأن النطق لايعد عيبا منها وقل الحياء بالممارسة

يخطبونك : أنا راضية بما تفعل فزوّجها من الأول لاينفذ عليها إلا بإجازة مستقبلة لأن تقدير كلامه إذا رغبت عن فلان فإن أقواما آخرين يخطبونك فلا ينصرف رضاها الآن إلى مايعم الأول ، وهذا كمن طلق امرأته ثم قال لرجل إنى كرهت فلانة فطلقتها فزوجنى بامرأة ترضاها فزوّجه المطلقة لايصح . وكذا إذا باع عبدا ثم وكل رجلا بشراء عبد فاشترى له الأول لايصح ، ولو زوّجها فبلغها فقالت لا أريد النكاح فهو رد على الأصح ، وقولها غيره أحب إلىّ قبل العقد رد ، وبعده إذن لأنه محتمل فلا يجوز قبل النكاح بالشك ولا يبطل بعده بالشك ، كذا فى الواقعات . وقولها ذلك إليك إذن ، وقولها أنت أعلم ليس بإذن لأنه تعريب قولها أويقاربه بالفارسية « توبه دان » ولو استأذنها فقالته لايكون إذنا لأنه قد يذكر للتعريض لعدم المصلحة فيه . وحقيقة توبه دان أنت بالمصلحة أخبر أو بالأحسن أعلم ، وهذا اختيار الفقيه أبى الليث ، بخلاف قولها ذلك إليك فإنه إذن لأنه إنما يذكر للتوكيل . ولا يخفى أن مسئلة : غيره أحبّ إلىّ مشكلة ، ولا يخفى ضعف قوله لايبطل بعده بالشك لأن ذلك إنما يتم بعد الصحة وهى بعد الإذن (قوله وله نظائر) كإخبار الوكيل بالعزل والمأذون بالحجر والمولى بجناية عبده ليكون بيعه وإعتاقه اختيارا للفداء والشفيع ببيع مايشفع فيه وبفسخ الشركة والمضاربة ووجوب الأحكام على المسلم الذى لم يهاجر فى دار الحرب إن كان المخبر رسولا لايشترط اتفاقا ولو فاسقا أو عبدا لأنه قائم مقام المرسل فإخباره كإخباره ، وإن كان فضوليا فعلى الخلاف عنده يشترط فى لزوم الحكم العدد أو عدالة الواحد ، فلو أخبر غير المهاجر بحكم شرعى لايثبت فى حقه إلا باثنين أو عدالة الواحد (قوله وإذا استأذن الثيب) أى الكبيرة ، أما الصغيرة فلا استئذان فى حقها أصلا كالبكر الصغيرة (فلابد من رضاها بالقول لقوله صلى الله عليه وسلم « الثيب تشاور ») ولا تكون المشاورة إلا بالقول لأنها طلب الرأى ، ثم هى مفاعلة فتقتضى وجوده من الجانبين ، وفى كل من الحكم والدليل نظر . أما الدليل فلعدم دلالته على لزوم القول . سلمنا أن المشاورة طلب الرأى لكن لانسلم أنه يشترط فى إفادة الرأى فعل اللسان بل قد يفاد بغيره ولزوم القول فى حق الطالب ضرورى لامفهوم اللغة ، وحينئذ فكون المشاورة تستدعى جوابا باللفظ ممنوع ، واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث أبى هريرة السابق « لاتنكح الأيم حتى

فى اشتراط أن يكون المخبر مميزا سواء كان عدلا أو لم يكن ، وموضع ذلك أصول الفقه (ولو استأذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول لقوله عليه الصلاة والسلام « الثيب تشاور ») وجه الاستدلال أن المشاورة من باب المفاعلة وهى تقتضى الفعل من الجانبين ، وقد وجد النطق من الولى بالسؤال فلابد من النطق منها فى الجواب . وقيل المشاورة عبارة عن طلب الرأى بالإشارة إلى الصواب وذلك لايكون إلا بالنطق (ولأن النطق) فى النكاح من الثيب (لايعد عيبا) وإذا لم يعد عيبا لم يكن بمعنى النطق فى البكر لأنه يعد منها عيبا ، وإذا لم يكن فى معناه لايلحق به ، ولأن السكوت صار رضا لتوفر الحياء ، فإن عائشة لما أخبرت أن البكر تستحى قال عليه الصلاة والسلام « سكوتها

(قوله وذلك لايكون إلا بالنطق) أقول : فى الحصر كلام لجواز أن يكون بالإشارة والكتابة (قوله وإذا لم يكن فى معناه لايلحق به) أقول : فى عدم لزومه وقيام السكوت مقامه (قوله ولأن السكوت صار رضا لتوفر الحياء) أقول : الظاهر أنه لافرق بين ذينك التعليلين إلا فى العبارة ألا يرى إلى قوله فيما يجىء فيعيبونها بالنطق فتستحيى فليتأمل .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فلا مانع من النطق فى حقها (وإذا زالت بكارتها بوثبة أو حيضة أو جراحة أو تعنيس فهى فى حكم الأبكار) لأنها بكر حقيقة لأن مصيبها أول مصيب لها ومنه الباكورة والبكرة ولأنها تستحيي لعدم الممارسة (ولو زالت) بكارتها (بزنا فهى كذلك عند أبى حنيفة) وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى : لايكتفى بسكوتها لأنها ثيب حقيقة لأن مصيبها عائد إليها ومنه المثوبة والمثابة والتثويب ، ولأبى حنيفة أن الناس عرفوها بكرا

تستأمر » والأمر يكون بالقول لا بغيره ، ومنع بما فى السنن من حديث ابن عباس رضى الله عنهما « والبكر تستأمر فى نفسها وإذنها صماتها » . وأجيب بأنه خرج عن حقيقته هنا بقرينة قوله « وإذنها صماتها » ويوجد مثلها فى الثيب فتجب حقيقته . وأصرح من هذا قوله فى حديث آخر « والثيب يعرب عنها لسانها » لكن يشكل عليه أن الحكم فى المذهب خلافه وهو النظر الثانى ، بل إما به كنعم أو رضيت أو بارك الله لنا أو أحسنت ، وبالدلالة كطلب المهر أو النفقة أو تمكينها من الوطء وقبول التهنئة والضحك سرورا لا استهزاء ، وحينئذ فلا فرق سوى أن سكوت البكر رضا ، بخلاف الثيب لابد فى حقها من دلالة زائدة على مجرد السكوت . والحق أن الكل من قبيل القول ، إلا التمكين فيثبت بدلالة نص إلزام القول لأنه فوق القول (قوله وإذا زالت بكارتها الخ) أى إذا زالت بوثبة أو حيضة أو جراحة أو تعنيس وهو أن تصير عانسا : أى نصفا لم تتزوج ، أو خرق استنجاء أو عود أو حمل ثقيل تزوج كالأبكار اتفاقا ، وكذا إذا فارقها الزوج بجب أو عنة أو طلقها قبل الدخول ولو بعد الخلوة ، وهذا مما تخالف حكم الخلوة والدخول ، وكذا إذا مات بعد الخلوة قبل الدخول لأنها فى هذه الصور كلها بكر حقيقة لأنها لم يصبها مصيب ، ولهذا لو أوصى بأبكار بنى فلان دخلت هذه ومنع بالجارية تباع على أنها بكر حيث ترد

رضاها » والحياء فى الثيب غير متوفر لقلته بالممارسة (فلا مانع من النطق فى حقها . وإذا زالت البكارة بوثبة) وهو الوثوب من فوق (أو حيضة أو جراحة أو تعنيس) عنست الجارية وعنست عنوسا : إذا جاوزت وقت التزويج فلم تتزوج (فهى فى حكم الأبكار) فى كون إذنها سكوتها (لأنها بكر) إذ البكر هى التى يكون مصيبها أول مصيب ، وهذه كذلك مشتق من الباكورة وهى أول الثمار ومن البكرة وهى أول النهار . ورد بأنه لو كان كذلك لما تمكن من الرد من اشترى جارية على أنها بكر فوجدها زائلة البكارة بالوثبة لأنها بكر حقيقة على ماقلتم لكن له أن يردها . وأجيب بأن الرد باعتبار فوات وصف مرغوب فيه وهو العذرة لا لكونها غير بكر ، ولأن النطق سقط للحياء وهو موجود ههنا (لأنها تستحى لعدم الممارسة ، ولو زالت بكارتها بزنا فهى كذلك عند أبى حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى : لايكتفى بسكوتها لأنها ثيب حقيقة) إذ الثيب من يكون مصيبها عائدا إليها مشتق من المثوبة وهى الثواب ، وإنما سمى بها لأنها مرجوع إليها فى العاقبة ، ومن المثابة وهو الموضع الذى يثاب : أى يرجع إليه مرة بعد أخرى ، ومن التثويب : وهو الدعاء مرة بعد أخرى ، وإذا كانت ثيبا فلا يكتفى بسكوتها (ولأبى حنيفة أن الناس عرفوها بكرا) وتقريره أن الشرع جعل السكوت رضا بعلة الحياء على ماروينا من حديث عائشة . وإذا وجدت العلة يترتب الحكم عليها ، وههنا قد وجدت لما بينه بقوله إن الناس عرفوها بكرا

(قوله وهذه كذلك مشتق من الباكورة) أقول : بالاشتقاق الكبير ، ثم إن الملائم لكلام المصنف أن يقول مشتق منه الباكورة ، ولعله أراد التنبيه على جواز القول فى الاشتقاق الكبير باشتقاق كل منهما من الآخر فتدبر (قوله مشتق من المثوبة) أقول : اشتقاقا كبيرا (قوله على ماروينا من حديث عائشة رضى الله عنها) أقول : روى ذلك قبل عشرة أسطر تخمينا ، وهو قوله « فإن عائشة رضى الله عنها لما أخبرت أن

فيعيبونها بالنطق فتمتنع عنه فيكتفى بسكوتها كى لاتتعطل عليها مصالحها، بخلاف ما إذا وطئت بشبهة أو بنكاح فاسد لأن الشرع أظهره حيث علق به أحكاما، أما الزنا فقد ندب إلى ستره ، حتى لو اشتهر حالها لايكتفى بسكوتها

إذا وجدت زائلة البكارة بوثبة ونحوها . فلو كانت بكرا لم ترد . والجواب أن البكر يقال على من لم يصبها مصيب ، ومنه الباكورة لأول الثمار والبكرة لأول النهار . وعلى العذراء وهى أخص أو هى من لم يصبها مصيب ومن أفراده قائمة العذرة فهو متواطئ ، وحمل على هذا الفرد فى البيع المبنى على المشاحة فترد لفوات العذرة وهى تلك الجلدة . وعلى الأعم الأوسع فى النكاح المبنى على التوسعة وشدة التثبت حتى لزم من الهازل والمكره وبصيغة الأمر ، بخلاف البيع . على أنه قد قيل إذا اعترف المشترى بأن زوالها بوثبة لاترد ، ولأن العادة إرادة العذرة فى اشتراط البكارة فى البيع فيتقيد بها . وأيضا لو أوصى لأبكار بنى فلان دخلت هذه . وأيضا الاستحياء قائم وإنها علة منصوصة فيثبت الحكم فى مواضع وجودها بالنص ، وفيه نظر إذ الاستحياء حكمة نص عليها لايناط الحكم عليها لعدم انضباطها ، ولذا لو فرض أن استحياء من زالت بكارتها بزنا أشد من العذراء لاتزوج كالبكر ، وهذا لأن الحكمة وإن كانت هى المقصودة من شرع الحكم لايناط بها إذا كان فيها مراتب متفاوتة أو خفاء فى تحققها فى بعض المحال ، ولا يناط إلا بظاهر ضابط لكل مرتبة وهو المسمى بالمظنة فيثبت الحكم عند ثبوته من غير التفات إلى الحكمة وجدت أو عدمت ، ولو اعتبر هنا حياء البكر لأنه هو المنضبط اتحد الحاصل إذ يستلزم قيام البكارة فى ثبوت الحكم ، وإن زالت بزنا مشهور أو وطء بشبهة أو نكاح فاسد زوجت كالثيبات اتفاقا ، وإن زالت بزنا غير مشهور فهو محل الخلاف ، فعندهما والشافعى تزوج كالثيب وعنده كالبكر . وجه قولهما أنها ثيب حقيقة فإن مصيبها عائد إليها ، ومنه المثوبة لأنها جزاء عمله يعود إليه ، والمثابة الموضع الذى يرجع إليه حتى تدخل فى الوصية للثيبات من بنات فلان . وله أنها عرفت بكرا فتمتنع عن النطق مخافة أن يعلم زناها حياء من ظهوره ، وذلك

(فيعيرونها) وفى بعض النسخ فيعيبونها (بالنطق) فتستحى (فتمتنع) من النطق وكانت العلة موجودة (فيكتفى بسكوتها كى لاتتعطل عليها مصالحها) وإذا ظهر هذا سقط ماقيل هذا تعليل فى مقابلة النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام « الثيب تشاور » وهو باطل لأن هذا عمل بعلة منصوص عليها لاتعليل فى مقابلته . فإن قيل : لانسلم أن هذا عمل بعلة منصوص عليها لأن المنصوص عليها حياء يكون من كرم الطبيعة وذلك أمر محمود، وهذا الحياء حياء معصية فليس من أفراده حتى يدخل تحت النص .أجيب بأن هذا الحياء أشد لأن فى الاستنطاق باعتبار أنها ثيب ظهور فاحشتها فكان كالضرب من التأفيف فيلحق به . قوله (بخلاف ما إذا وطئت بشبهة) متصل بقوله فيكتفى بسكوتها : يعنى أن من وطئت بشبهة (أو بنكاح فاسد) لايكون إذنها سكوتها لعدم الحياء ثمة (لأن الشرع أظهره حيث علق به أحكاما) من لزوم العدة والمهر وإثبات النسب (أما الزنا فقد ندب إلى ستره حتى لو اشتهر حالها) بإقامة الحد عليها أو لصيرورته عادة (لايكتفى بسكوتها) فإن قيل : يجب أن يكتفى بسكوتها فى هاتين الصورتين

البكر تستحى قال صلى الله عليه وسلم : سكوتها رضاها » (قوله لأن هذا عمل بعلة منصوص عليها لاتعليل فى مقابلته) أقول : لايخرج بكون العلة منصوصا عليها عن كونه تعليلا فى مقابلة النص كما لايخفى على من نظر فى كتب الأصول ، ثم إذا خالف الدلالة العبارة فالتقدم للعبارة كما بين فى الأصول (قوله لأن المنصوص عليها حياء يكون من كرم ، إلى قوله : فليس من إفراده الخ) أقول : فيه تأمل ، فإن الظاهر أن ذلك أيضا من كرم الطبيعة ، ولولاه لما امتنعت عن الإظهار والإعلان ، ولايجب عليها الحد بهذا المقدار (قوله فإن قيل يجب أن يكتفى بسكوتها فى هاتين الصورتين أيضا) أقول : يعنى فى صورة إقامة الحد وصورة صيرورته عادة .

(وإذا قال الزوج بلغك النكاح فسكتت وقالت رددت فالقول قولها) وقال زفر رحمه الله : القول قوله لأن السكوت أصل والرد عارض ، فصار كالمشروط له الخيار إذا ادعى الرد بعد مضى المدة ، ونحن نقول إنه يدعى لزوم العقد وتملك البضع والمرأة تدفعه فكانت منكرة ، كالمودع إذا ادعى رد الوديعة ، بخلاف مسئلة الخيار لأن اللزوم قد ظهر بمضى المدة ، وإن أقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لأنه نوّر دعواه بالحجة ،

أشد من حيائها بكرا من إظهار الرغبة فيثبت الجواز بدلالة نص سكوت البكر . وهذا يفيد لو كان الحياء مطلقا هو العلة لكنه حياء البكر الصادر عن كرم الطبيعة فلا يلحق به المتنازع فيه . وبه يندفع جواب ما أورد من قوله صلى الله عليه وسلم « لاتنكح الأيم حتى تستأمر ، والثيب يعرب عنها لسانها » من أنه عام خص منه الثيب المجنونة والأمة فيخص بما ذكرنا من جعل الشارع الحياء علة وهو موجود فى المزنية ، ونفس المجيب صرح بعده فى مسئلة ثبوت الولاية على الثيب الصغيرة بأن الأيم من لازوج لها وإن كانت بكرا بعد ما نقل قول محمد لو أوصى لأيامى بنى فلان لاتدخل الأبكار وصحح دخولهن كقول الكرخى اهـ . والأولى أن الفرض أن الزنا غير مشهور . فنى إلزامها النطق دليل المنع من إشاعة الفاحشة فى هذه الصورة ، والمنع يقدم عند التعارض فيعمل دليل نطق الثيب فيما وراء هذه ، وأيضا الظاهر من مراد الشارع من البكر المعتبر سكوتها رضا البكر ظاهرا كما هو فى أمثاله لا فى نفس الأمر ولذا لم يوجب على الولى استكشاف حالها عند استئذانها ، أهى بكر الآن ليكتفى بسكوتها أم لا ؟ اكتفى بالبناء على الأصل الذى لم يظهر خلافه ، والكلام هنا فى ثيوبة بزنا لم يظهر فيجب كونها بكرا شرعا ، ولذا قلنا لو ظهر لايكفى سكوتها (قوله وإذا قال الزوج بلغك الخ) صورتها : ادعى على بكر بالغة أن وليها زوّجها منه قبل استئذانها فلما بلغها سكتت وقالت بل رددت فالقول لها عندنا . وقال زفر : له لتمسكه بالأصل وهو عدم الكلام . ونظير هذا الخلاف الخلاف فيما إذا قال سيد العبد إن لم تدخل الدار اليوم فأنت حر فمضى اليوم وقال العبد لم أدخل وكذبه المولى فالقول قول المولى عندنا ، وعنده قول العبد ، وهذه العبارة أولى من قوله فى المبسوط : إن الخلاف فى مسئلة النكاح بناء على الخلاف فى مسئلة العبد إذ ليس كون أحدهما بعينه مبنى الخلاف فى الآخر بأولى من القلب بل الخلاف فيهما معا ابتداء . ووجه قوله فيهما التمسك بالأصل المتبادر وهو عدم الدخول وعدم الكلام قياسا على المتفق عليه من أن المشترى بالخيار إذا ادعى بعد مدة الخيار رد البيع قبل مضيها وقال البائع بل سكت حتى انقضت فإن القول للبائع اتفاقا لتمسكه بالأصل ، والشفيع إذا قال علمت بالبيع أمس وطلبت الشفعة

أيضا لأنها داخلة تحت اسم البكر فى لسان الشرع وهو قوله عليه الصلاة والسلام « البكر بالبكر جلد مائة » أجيب بأن هذا قول بعض المشايخ وهو ضعيف بعيد فإن فى الموطوءة بالشبهة والنكاح الفاسد هذا موجود أيضا ، ولا يكتفى بسكوتها بالإجماع فعرفنا أن المعتبر بقاء صفة الحياء . وقوله (لأن السكوت أصل والرد عارض) بناء على أن السكوت عدم الكلام ، ولا شك فى تقدّمه على عروض الكلام (فصار كالمشروط له الخيار إذا ادعى الرد بعد مضى المدة) فإنه لايعتبر قوله بل القول قول من يدعى لزوم العقد بالسكوت بالإجماع ، لأن السكوت أصل والرد عارض فكان القول قول من يدعى السكوت . وقوله (ونحن نقول) ظاهر . وحاصله أنه يعتبر الإنكار المعنوى وزفر يعتبر الإنكار الصورى . وقوله (بخلاف) جواب عن قياس زفر . ووجهه أن يجعل القول لمن يشهد له الظاهر واللزوم قد ظهر بمضى المدة فلهذا كان القول للساكت (وإن أقام الزوج البينة على السكوت ثبت النكاح) فإن قيل : هذه شهادة قامت على النفى لما ذكرتم أن السكوت عدم الكلام والشهادة على النفى غير مقبولة .

وإن لم تكن له بينة فلا يمين عليها عند أبى حنيفة رحمه الله وهى مسئلة الاستحلاف فى الأشياء الستة ، وستأتيك

وقال المشترى بل سكت القول قول المشترى ، أما لو قال طلبت الشفعة حين علمت بالبيع فالقول له ، والمزوجة صغيرة من الولى غير الأب والجد إذا قالت بعد البلوغ كنت رددت حين بلغنى الخبر بعد البلوغ أو حين بلغت وكذبها الزوج فإن القول له . وعندنا القول لمن يشهد له الظاهر ، سواء كان ذلك الظاهر هو الأصل بحسب مايتبادر أو بحسب المعنى ، ولا يخفى ترجح هذا الاعتبار ، وإذا كان كذلك فقد ادعى بدعواه سكوتها تملك بضعها من غير ظاهر معه وهى تنكر ، والظاهر الاستمرار على الحالة المتيقنة من عدم ورود ملك عليها الذى هو الأصل فكانت هى متمسكة بأصل معنى هو الظاهر فكان القول لها كالمودع يدعى ردّ الوديعة والمودع ينكر فإن القول لمدعى الرد وإن كان مدعيا صورة لتمسكه بالأصل الظاهر وهو فراغ ذمته لكونه ظاهرا لالكونه أصلا . بخلاف مسئلة الخيار لأن العقد ثبت صحيحا فى الأصل وقد لزم بمضى المدة ظاهرا فالتمسك بعدمه تمسك بالظاهر ، وكذا المزوّجة صغيرة تدعى زوال ملكه بعد مانفذ عليها حال صغرها يقينا والزوج ينكر ومثله الشفيع . ثم إن أقام الزوج البينة على سكوتها عمل بها لأنها لم تقم على النفى بل على حالة وجودية فى مجلس خاص يحاط بطرفيه ، أو هو نفى يحيط به الشاهد فيقبل ؛ كما لو ادعت أن زوجها تكلم بما هو ردّة فى مجلس فأقامها على عدم التكلم فيه يقبل ، وكذا إذا قال الشهود كنا عندها ولم نسمعها تتكلم ثبت سكوتها بذلك ، كذا فى الجوامع . وإن أقاماها فبينتها أولى لإثبات الزيادة : أعنى الردّ فإنه زائد على السكوت ، ولو كان أقامها على أنها رضيت أو أجازت حين علمت ترجحت بينته لاستوائهما فى الإثبات وزيادة بينته بإثبات اللزوم . كذا فى الشروح . وعزاه فى النهاية للتمرتاشى ، وكذا هو فى غير نسخة من الفقه ، لكن فى الخلاصة نقلا عن أدب القاضى للخصاف فى هذه المسئلة : لو أقام الأب أو الزوج البينة على الإجازة والمرأة على الردّ فبينتها أولى ، فتحصل فى هذه الصورة اختلاف المشايخ ؛ ولعل وجهه أن السكوت لما كان مما تتحقق الإجازة به لم يلزم من الشهادة بالإجازة كونها بأمر زائد على السكوت مالم يصرحوا بذلك فلم يجزم باستواء البينتين فى الإثبات . وهذا كله إذا كان قبل الدخول ، فلو قالت لم أجزه بعد الدخول لم تصدق على ذلك إلا إن كانت مكرهة فحينئذ القول لها لظهور دليل السخط دون الرضا ، ولا يقبل عليها قول وليها بالرضا لأنه يقرّ عليها بثبوت الملك ، وإقراره عليها بالنكاح بعد بلوغها غير صحيح بالاتفاق لأنه لايملك إلزام العقد عليها فلا يعتبر إقراره فى لزومه أيضا كذا فى المبسوط . ولو لم يكن للزوج بينة تذهب من

أجيب بأنها مقبولة إذا كان علم الشاهد محيطا به كما إذا ادعت المرأة على زوجها أنه قال المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى وقال الرجل بل قلته فأقامت بينة أنه لم يقله يقبل ويفرق بينهما ، لأن هذا مما يحيط به علم الشاهد لما أنه لو قاله لسمعه الشهود وإن أقاما البينة . قال الإمام التمرتاشى : بينتها أولى لأنها تثبت الرد وهو يثبت عدما وهو السكوت ، حتى لو أقامها على أنها أجازت أو رضيت حين علمت حتى استوتا فى الإثبات ترجحت بينته لإثباته اللزوم (وإن لم تكن له بينة فلا يمين عليها عند أبى حنيفة رحمه الله ، وهى مسئلة الاستحلاف فى الأشياء الستة ، وستأتيك

(قوله أجيب بأنها مقبولة إذا كان علم الشاهد محيطا به الخ) أقول : مخالف لما سيقوله المصنف فى باب اليمين فى الحج والصلاة من أن الشهادة على النفى غير مقبولة مطلقا أحاط به علم الشاهد أولا . والأولى أن يجاب بمنع كون السكوت عدما على ما يجىء من الشارح نقلا عن قاضيخان (قوله فإن أقاما البينة قال الإمام التمرتاشى الخ) أقول : وهكذا فى شرح الجامع الصغير لقاضيخان .

فى الدعوى إن شاء الله تعالى(ويجوز نكاح الصغير والصغيرة إذا زوّجهما الولى بكرا كانت الصغيرة أو ثيبا والولى هو العصبة) ومالك رحمه الله يخالفنا فى غير الأب ، والشافعى رحمه الله فى غير الأب والجد ، وفى الثيب الصغيرة أيضا .
وجه قول مالك أن الولاية على الحرة باعتبار الحاجة ولا حاجة هنا لانعدام الشهوة ، إلا أن ولاية الأب ثبتت نصا بخلاف القياس والجد ليس فى معناه فلا يلحق به .

عصمته من غير يمين تلزم به عند أبى حنيفة رحمه الله ، وعندهما عليها ، فإن نكلت بقى النكاح عندهما وهى مسئلة الاستحلاف فى الأشياء الستة ، وزيد عليها دعوى الأمة أنها أسقطت مستبين الخلق فصارت أم ولد، وجمعها فى هذين البيتين :

نكاح وفيئة إيلائه ورق ورجع ولاء نسب
ودعوى الإماء أمومية فليس بها من يمين وجب

وسيأتى فى الدعوى صورها ، والفتوى على قولهما فيها . وقيل يتأمل القاضى فى حال المدعى ، فإن ظهر له منه التعنت قضى بقوله وإلا بقولهما . وفى الغاية معزيا إلى فتاوى الخاصى أنه لو ادعى رجل على آخر أنه زوّجه بنته الصغيرة فأنكر يحلف عند أبى حنيفة ، وفى الكبيرة لا اعتبار بالإقرار فيهما . واستشكل على قوله لأن امتناع اليمين عنده لامتناع البذل لا لامتناع الإقرار ، ألا ترى أن امرأة لو أقرت لرجل بنكاح نفذ إقرارها ومع هذا لا تحلف لو ادعى عليها فأنكرت فالأشبه أن يكون هذا قولهما (قوله ويجوز نكاح الصغير والصغيرة إذا زوّجهما الولى) لقوله تعالى ـ واللائى لم يحضن ـ فأثبت العدة للصغيرة وهو فرع تصوّر نكاحها شرعا فبطل به منع ابن شبرمة وأبى بكر بن الأصم منه ، وتزويج أبى بكر عائشة رضى الله عنهما وهى بنت ست نص قريب من المتواتر ، وتزوّج قدامة بن مظعون بنت الزبير يوم ولدت مع علم الصحابة رضى الله عنهم نص فى فهم الصحابة عدم الخصوصية فى نكاح عائشة (قوله والولى هو العصبة ، ومالك يخالفنا فى غير الأب والشافعى فى غير الأب والجد وفى الثيب الصغيرة) فعنده لا يلى عليها أحد حتى تبلغ فتزوّج بإذنها وقد ذكرناها . وجه قول مالك أن الولاية على

فى الدعوى إن شاء الله تعالى) قال (ويجوز نكاح الصغير والصغيرة) يجوز نكاح الصغير والصغيرة (إذا زوّجهما الولى بكرا كانت الصغيرة أو ثيبا والولى هو العصبة) على ترتيب العصبات فى الإرث ، وقال مالك : وليهما الأب ليس إلا ، حتى لو زوّجهما الجد عند عدم الأب لا يجوز . وقال الشافعى : وليهما الأب والجد لا غير إذا كانت الصغيرة بكرا ، وإن كانت ثيبا فلا ولاية عليها ، حتى لو زوّجها الأخ أو العم ، أو زوّج الثيب الصغيرة الأب أو الجد كرها لا ينعقد النكاح (وجه قول مالك أن الولاية على الحرة) مع قيام المنافى (باعتبار الحاجة ولا حاجة) فى الصغير والصغيرة فلا ولاية عليهما (غير أن ولاية الأب ثبتت نصا على خلاف القياس) فإن أبا بكر زوّج عائشة من النبى صلى الله عليه وسلم وهى بنت ست سنين ، وصحح النبى صلى الله عليه وسلم ذلك فلا يقاس غيره عليه وهو الجد ولا يلحق به دلالة لأنه ليس فى معناه لأن الولد جزء الأب فكانت الولاية للأب

(قال المصنف : والولى هو العصبة) أقول : هذا جواب القياس ، أو المراد هو العصبة وما يلحق بهم لئلا يخالف لما سيجىء (قوله أو زوج الثيب الصغيرة الأب أو الجد كرها) أقول : قوله كرها مستدرك ، فإنه لو زوجها طوعا لا يجوز أيضا عنده ، فإن إذنها قبل البلوغ غير معتبر (قوله لا ينعقد النكاح) أقول : الظاهر لا ينعقد (قوله ولا يقاس عليه غيره) أقول : لأنه على خلاف القياس .

قلنا : لا بل هو موافق للقياس لأن النكاح يتضمن المصالح ولا تتوفر إلا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفء فى كل زمان ، فأثبتنا الولاية فى حالة الصغر إحرازا للكفء . وجه قول الشافعى أن النظر لايتم بالتفويض إلى غير الأب والجد لقصور شفقته وبعد قرابته ولهذا لايملك التصرف فى المال مع أنه أدنى رتبة ، فلأن لايملك التصرف فى النفس وإنه أعلى وأولى . ولنا أن القرابة داعية إلى النظر كما فى الأب والجد . وما فيه من القصور أظهرناه

الحرة إنما تثبت لحاجتها ولا حاجة قبل البلوغ لعدم الشهوة ، إلا أن ولاية الأب ثبتت نصا بخلاف القياس لأن أثر الحرية دفع سلطنة الغير وهو تزويج أبى بكر عائشة رضى الله عنهما وهى بنت ست ، والجد ليس فى معنى الأب ليلحق به دلالة لقصور شفقته بالنسبة إليه ولذا يقدم وصى الأب عليه فيقتصر على مورد النص . قلنا : بل هو موافق للقياس لأن النكاح يراد لمقاصده ولا تتوفر إلا بين المتكافئين عادة ، ولا يتفق الكفء فى كل زمان . فإثبات ولاية الأب بالنص بعلة إحراز الكفء إذا ظفر به للحاجة إليه ، إذ قد لايظفر بمثله إذا فات بعد حصوله فيتعدى إلى الجد . وجه قول الشافعى أن التفويض إلى غيرهما مخل بها لقصور شفقته لبعد قرابته ودلالة الإجماع على اعتبار ما فيه من القصور سالبا للولاية وهو الإجماع على عدم ولايته فى المال إلا بوصية وهو أدنى من النفس فسلبها فى النفس أولى . ولما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « لاتنكح اليتيمة حتى تستأمر » واليتيمة الصغيرة التى لا أب لها لقوله صلى الله عليه وسلم « لايتم بعد الحلم » وفى الحديث « أن قدامة بن مظعون زوّج بنت أخيه عثمان ابن مظعون من ابن عمر ، فردّها صلى الله عليه وسلم وقال : إنها يتيمة ، وإنها لاتنكح حتى تستأمر » وتأثير هذا الوصف أن مزوّجها قاصر الشفقة حتى لم تثبت له ولاية فى المال ففى النفس أولى أن لاتثبت . ولنا قوله تعالى ـ وإن خفتم أن لاتقسطوا فى اليتامى فانكحوا ماطاب لكم من النساء ـ الآية منع من نكاحهن عند خوف عدم العدل فيهن ، وهذا فرع جواز نكاحها عند عدم الخوف . ولايقال ذلك بمفهوم الشرط لأن الأصل جواز نكاح غير المحرمات مطلقا ، فمنع من هذه عند خوف عدم العدل فيهن ، فعند عدمه يثبت الجواز بالأصل الممهد لامضافا إلى الشرط ، ويصرح بجواز نكاحها قول عائشة : إنها نزلت فى يتيمة تكون فى حجر وليها يرغب فى مالها ولايقسط فى صداقها فنهوا عن نكاحهن حتى يبلغوا بهن سنتهن فى الصداق ، وقالت فى قوله تعالى ـ فى يتامى النساء اللاتى

عليه كالولاية على نفسه ، والجزئية قد ضعفت بالجد وشفقته قد نقصت فلا يكون فى معناه (قلنا لا) نسلم أن الولاية على الحر على خلاف القياس (بل هو موافق له لأن النكاح يتضمن المصالح) من التناسل والسكن والازدواج وقضاء الشهوة (ولا تتوفر إلا بين متكافئين عادة ولا يتفق الكفء فى كل وقت فأثبتنا الولاية فى حال الصغر إحرازا للكفء) لكل من يتأتى منه الإحراز أبا كان أو غيره . ووجه قول الشافعى أن الولاية للنظر والنظر لايتم بالتفويض إلى غير الأب والجد لقصور شفقته وبعد قرابته (ولهذا) أى ولقصور شفقته (لايملك التصرف فى المال مع أنه أدنى رتبة) لكونه وقاية للنفس (فلأن لايملك التصرف فى النفس وإنه أعلى أولى . ولنا أن) الولاية للنظر وهو موجود فى كل قريب ، لأن (القرابة داعية إليه كما فى الأب والجد) فإن النظر فيهما لم يثبت إلا من القرابة ، غاية ما فى الباب أنه متفاوت كمالا وقصورا بقرب القرابة وبعدها ، لكن ما فى البعيدة من القصور ممكن التدارك فأظهرناه فى سلب ولاية الإلزام فجعلنا لهما خيار البلوغ ، فإذا بلغا ووجدا الأمر على ما ينبغى مضيا على النكاح ، وإن وجدا قد أوقعا خللا بقصور الشفقة والنظر فسخا النكاح ، بخلاف التصرف فى المال لأن الخلل الواقع بسبب القصور غير ممكن التدارك لأنه يتكرر بتداول الأيدى بأن يبيع الولى ثم يبيع المشترى من آخر ثم وثم ، وقد

فى سلب ولاية الإلزام ، بخلاف التصرف فى المال فإنه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل فلا تفيد الولاية إلا ملزمة ومع القصور لاتثبت ولاية الإلزام . وجه قوله فى المسألة الثانية أن الثيابة سبب لحدوث الرأى لوجود الممارسة فأدرنا الحكم عليها تيسيرا . ولنا ماذكرنا من تحقق الحاجة ووفور الشفقة ، ولا ممارسة تحدث الرأى بدون

لاتؤتونهن ماكتب لهن ـ الآية ، نزلت فى يتيمة تكون فى حجر وليها ولا يرغب فى نكاحها لدمامتها ولا يزوّجها من غيره كى لايشاركه فى مالها ، فأنزل الله تعالى هذه الآية ، فهذه الآية أمر بتزويجهن من غيرهم أو تزوجهن مع الإقساط . وزوّج صلى الله عليه وسلم بنت عمه حمزة رضى الله عنه من عمر بن أبى سلمة وهى صغيرة ، وإنما زوّجها بالعصوبة لابولاية ثبتت بالنبوّة لأنه صلى الله عليه وسلم لم يزوّج بها قط ، ولو فعل لم يتزوّج أحد إلا عنه ، لكن كانوا يتزوّجون من غير علمه وحضوره على ما فى حديث جابر « أنه صلى الله عليه وسلم سأله عن تزوجه فذكر أنها ثيب ، فقال : هلا بكرا » الحديث . ورأى على عبد الرحمن عوف الصفرة فقال مهيم؟قال تزوّجت ، وسأله كم ساق لها . والآثار فى ذلك وجوازه شهيرة عن عمر وعلى وابن مسعود وابن عمر وأبى هريرة . والمعنى أن الحاجة إلى الكفء ثابتة لأن مقاصد النكاح إنما تتم معه ، وإنما يظفر به فى وقت دون وقت . والولاية لعلة الحاجة فيجب إثباتها إحرازا لهذه المصلحة مع أن أصل القرابة داعية إلى الشفقة ، غير أن فى هذه القرابة قصورا أظهرناه فى إثبات الخيار لها إذا بلغت ، وإذا قام دليل الجواز وجب كون المراد باليتيمة فى الحديث اليتيمة البالغة مجازا باعتبار ماكان ؛ ألا ترى أنه صلى الله عليه وسلم غيا المنع بالاستئمار «وإنما تستأمر البالغة » وحديث قدامة تأويله أنه خيرها صلى الله عليه وسلم فاختارت الفسخ ، ألا ترى إلى ماروى عن ابن عمر أنه قال : والله لقد انتزعت منى بعد أن ملكتها . وأما المال فإنه يعارض ذلك القدر من الشفقة كونه محبوب الطبع حبا يفضى إلى القطيعة عند المعارضة فى قرابة العصبات بالخيانة فيه لنفسه أو لغيره بالمحاباة ويخفى لتعذر إحضاره بالتداول الأيدى عليه أو لحمولته أو نسيانه أو التوى فى العوض فى المقايضة فلا تفيد الولاية غير الملزمة فائدة عدم اللزوم وهو التدارك فانتفت والملزمة منتفية لقصور الشفقة فتعذر إثبات الولاية . وحاصله أن القرابة مع قصور الشفقة مقتضاها ولاية غير ملزمة وقد تعذر

يغيب بعضهم ، ولا يمكن توقف ذلك كله إلى وقت البلوغ (فلا تفيد الولاية إلا ملزمة) ولا إلزام مع القصور . بخلاف المتناكحين فإنهما ثابتان من غير تكرار غالبا ، فكان التدارك بالتوقف ممكنا . وقوله (وجه قوله) أى الشافعى (فى المسئلة الثانية أن الثيابة سبب لحدوث الرأى) وتقريره أن الرأى أمر باطن والثيابة سبب لحدوثه (لوجود الممارسة) فتقام مقامه ويدار الحكم عليه تيسيرا (ولنا ماذكرنا من تحقق الحاجة) يعنى أن المقتضى للولاية النظرية هو الحاجة وقد تحققت للصغر والمانع وهو قصور الشفقة قد انتفى لأن الشفقة فى الأب والجد متوافرة ، وإذا وجد المقتضى وانتفى المانع يجب تحقق الحكم ، ولا نسلم حصول الرأى للصغيرة بسبب الممارسة لأن الرأى والعلم بلذة الجماع إنما يحدث عن مباشرة بشهوة ولا شهوة لها ، وإذا لم تكن الثيابة سببا لحدوث الرأى لاتصلح مدارا . وأما الصغر فإنه سبب للحاجة للعجز عن التصرف بنفسه فجاز أن يكون مدارا ، فكلما ثبت

(قوله بخلاف المتناكحين فإنهما ثابتان من غير تكرار غالبا الخ) أقول : أنت خبير بأنه لو تكرر النكاح يمكن التدارك بالتوقيف أيضا بالنسبة إلى زوجها الذى بلغت تحت نكاحه ، بخلاف المال إذ لايمكن فيه أصلا لتغيب من فى يده المال (قال المصنف : ولنا ماذكرنا من تحقق الحاجة ووفور الشفقة) أقول : إنما يثبت هذا الدليل ولاية إنكاح الأب والجد وكان الأولى هو التعميم .

الشهوة فيدار الحكم على الصغر ، ثم الذى يؤيد كلامنا فيما تقدم قوله صلى الله عليه وسلم « النكاح إلى العصبات من غير فصل » والترتيب فى العصبات فى ولاية النكاح كالترتيب فى الإرث والأبعد محجوب بالأقرب . قال (فإن زوجهما الأب والجد) يعنى الصغير والصغيرة (فلا خيار لهما بعد بلوغهما) لأنهما كاملا الرأى وافرا الشفقة فيلزم العقد بمباشرتهما كما إذا باشراه برضاهما بعد البلوغ (وإن زوجهما غير الأب والجد فلكل واحد منهما

مقتضاها فى المال فانتفت فيه وأمكن فى النفس فثبتت فيها ، وهذا لما أثبتنا فيه من الخيار عند البلوغ والرد من القاضى عند الاطلاع على عدم النظر من تنقيص مهر أو عدم كفاءة. وجه قوله فى الثيب الصغيرة أنها لاحاجة ولا حاجة لحدوث الرأى فى أمر النكاح لممارسته ، ويدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم « الثيب تشاور » أفاد منع النكاح قبل المشاورة ولا مشاورة حالة الصغر فلا نكاح حالة الصغر وهو المطلوب . ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة إلى إحراز الكفء ، والولاية عليها فى النكاح مع عدم الشهوة ليس إلا لتحصيله ، ولا رأى حالة الصغر باعترافه حيث منع المشاورة قبل البلوغ لعدم أهلية المشاورة حتى أخر جواز نكاحها إلى البلوغ ، فكان حاصل هذا الكلام تناقضا ، فإن سلب الولاية بعلة حدوث الرأى تصريح بحدوث الرأى ، وتأخير نكاحها لعدم أهلية المشاورة يناقضه ، فلزم كون المراد بالثيب فى الحديث البالغة حيث علق بالثيوبة مالا يعتبر إلا بعد البلوغ ، فإذا لم يحدث الرأى قبل البلوغ والحاجة متحققة قبله ثبتت الولاية لتحقق الحاجة على ماذكرنا فمدار الولاية الصغر . قال المصنف (ثم الذى يؤيد كلامنا فيما تقدم) يعنى من جواز نكاح الصغير والصغيرة إذا زوجهما الولى العصبة مطلقا بعد ما كفينا مئونة إثباته بما تقدم (قوله صلى الله عليه وسلم « النكاح إلى العصبات من غير فصل ») بين الأب والجد وغيرهما من العصبات فى صورة الصغر أولا . روى عن على موقوفا ومرفوعا وذكره سبط ابن الجوزى بلفظ الإنكاح وتقدم تزويجه صلى الله عليه وسلم أمامة بنت عمه حمزة وهى صغيرة وقال لها الخيار إذا بلغت . هذا (والترتيب فى ولاية النكاح كالترتيب فى الإرث والأبعد محجوب بالأقرب) فتقدم عصبة النسب . وأولاهم الابن وابنه وإن سفل ، ولا يتأتى إلا فى المعتوهة وهذا قولهما خلافا لمحمد فإنه يرى أن الأب مقدم على الابن وستأتى المسئلة ، وهل يثبت الخيار للأم المعتوهة إذا أفاقت وقد زوجها الابن ؟ فى الخلاصة : ولو زوجها الابن فهو كالأب بل أولى ، ثم الأب ثم الجد أبوه ثم الأخ الشقيق ثم لأب . وذكر الكرخى أن الأخ والجد يشتركان فى الولاية عندهما ، وعند أبى حنيفة يقدم الجد كما هو الخلاف فى الميراث . والأصح أن الجد أولى بالتزويج اتفاقا ، ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب ثم العم الشقيق ثم لأب ثم ابن العم الشقيق ثم ابن العم لأب ثم أعمام الأب ، كذلك الشقيق ثم أبناؤه ثم لأب ثم أبناؤه ثم عم الجد الشقيق ثم أبناؤه ثم عم الجد لأب ثم أبناؤه وإن سفلوا ، كل هؤلاء يثبت لهم ولاية الإجبار على البنت والذكر فى حال صغرهما وحال كبرهما إذا جنا . مثلا غلام بلغ عاقلا ثم جن فزوجه أبوه وهو رجل جاز إذا كان جنونه مطبقا ، ولم يقدر أبوحنيفة فى الجنون المطبق قدرا على ماسنذكره ، فإن

الصغر ثبتت الولاية (ثم الذى يؤيد كلامنا فيما تقدم) يعنى من إطلاق الولى فى قوله ويجوز نكاح الصغير والصغيرة إذا زوجهما الولى (قوله صلى الله عليه وسلم النكاح إلى العصبات من غير فصل) وقوله (والترتيب فى العصبات)

(قال المصنف : ثم الذى يؤيد كلامنا فيما تقدم قوله صلى الله عليه وسلم « النكاح إلى العصبات ») أقول : فيه بحث ، لأن هذا الحديث يدل على أن لاينعقد نكاح المرأة بدون الولى فيكون حجة الشافعى علينا . وجوابه أنه لما دلت الدلائل على جواز إنكاح المرأة نفسها ولو بلا ولى يحمل هذا على النكاح بطريق الإجبار دفعا للتعارض .

الخيار إذا بلغ ، إن شاء أقام على النكاح ، وإن شاء فسخ) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف رحمه الله : لاخيار لهما إعتبارا بالأب والجد . ولهما أن قرابة الأخ ناقصة والنقصان يشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل إلى المقاصد عسى والتدارك ممكن بخيار الإدراك ، وإطلاق الجواب فى غير الأب والجد يتناول الأم والقاضي هو الصحيح من الرواية لقصور الرأى فى أحدهما ونقصان الشفقة فى الآخر فيتخير . قال (ويشترط فيه القضاء) بخلاف خيار العتق لأن

أفاق فلا خيار له ، وإذا زوّجه أخوه فأفاق فله الخيار . ثم المعتق وإن كان امرأة ثم بنوه وإن سفلوا ثم عصبته من النسب على ترتيب عصبات النسب ، وإذا عدم العصبات هل يثبت لذوى الأرحام ؟ يأتى (قوله وقال أبو يوسف) يعنى آخرا ، وقوله الأول كقولهما ، ثم رجع إلى أن لاخيار وهو قول عروة بن الزبير اعتبارا بالأب والجد ، وهذا لأن الولاية لم تشرع فى غير موضع النظر ، وإذا حكم بالنظر قام عقد الولى مقام عقد نفسه بعد البلوغ ، وقولهما قول ابن عمر وأبى هريرة رضى الله عنهم لأن قرابة الأخ ناقصة فتشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل فى المقاصد ، وقد أظهر الشرع أثر هذا النقصان حيث منع ولايته فى المال فيجب إظهاره فى النفس إذا علم أنه ناظر إلى إظهار أثره فيجب التدارك بإثبات خيار الإدراك ولما قدمنا من تزويجه صلى الله عليه وسلم بنت عمه حمزة وهى صغيرة وقال لها الخيار (قوله هو الصحيح) احتراز عن رواية خالد بن صبيح المروزى عن أبى حنيفة أنه لايثبت الخيار إذا كان المزوّج القاضي لليتيمة لأن ولايته أتم من ولاية العم لأنها فى النفس والمال جميعا ، وعما روى عن أبى حنيفة أنه لا خيار فيما إذا زوّجت الأم لأن شفقتها فوق شفقة الأب . ووجه الظاهر ظاهر من الكتاب لفا ونشرا مرتبا (قوله ويشترط فيه) أى فى الفسخ . ويشترط القضاء فى الفرقة فى مواضع : هذه والفرقة بعدم

ظاهر . وقوله (اعتبارا بالأب والجد) بجامع داعية القرابة (ولهما أن قرابة الأخ ناقصة) خصص الأخ ليعلم به حكم سائر الأولياء بالطريق الأولى لأنه أقرب الأولياء بعد الجد . وقوله (فيتطرق الخلل إلى المقاصد عسى) يعنى أن وراء الكفاءات والمهر مقاصد أخرى فى النكاح من سوء الخلق وحسنه ولطافة العشرة وغلاظها وكرم الصحبة ولؤمها وتوسيع النفقة وتقتيرها ، وهذه المقاصد أهم من الكفاءة ، ولا يوقف عليها إلا بجد بليغ ونظر صائب ، فلنقصان قرابته وقصور شفقته ربما لايحسن النظر فيتوهم الخلل فيها فيتدارك بخيار الإدراك . وقوله (وإطلاق الجواب فى غير الأب والجد يتناول الأم والقاضي) يعنى فى إثبات الخيار عند البلوغ ، وأراد بالإطلاق قوله فإن زوّجهما غير الأب والجد فلكل واحد منهما الخيار . وقوله (هو الصحيح) احتراز عما روى خالد بن صبيح المروزى عن أبى حنيفة أنه لايثبت الخيار لليتيمة إذا زوّجها القاضي لأن له الولاية فى المال والنفس وكان فى قوة ولاية الأب والجد . ووجه الصحيح ماذكره فى الكتاب (بقوله لقصور الرأى فى أحدهما) يعنى الأم (ونقصان الشفقة فى الآخر) يعنى القاضي ، ألا ترى أن ولاية القاضي متأخرة عن ولاية الأخ والعم ، فإذا ثبت لهما الخيار فى تزويجهما ففى تزويج القاضي أولى . وقوله (ويشترط فيه) أى فى فسخ النكاح بخيار البلوغ (القضاء لأن

(قال المصنف : ويشترط فيه القضاء) أقول : قال ابن الهمام : أى فى الفسخ ، ويشترط القضاء فى الفرقة فى مواضع هذه ، والفرقة بعدم

---

(١) عسى : كلمة وقعت ههنا مجردة عن الاسم والخبر ، والتقدير : عسى الخلل إلى المقاصد يتطرق ، وأهل العربية يأبون ذلك . كذا قال العينى فى كتاب الإجارات اهـ من هامش بعض النسخ كتبه مصححه .

الفسخ ههنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل ولهذا يشمل الذكر و الأنثى فجعل إلزاما في حق الآخر فيفتقر إلى القضاء . وخيار العتق لدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها

الكفاءة ونقصان المهر وكلها فسخ ، والفرقة بالجب والعنة واللعان وكلها طلاق ، وبإباء زوج الذمية التي أسلمت وهي طلاق خلافا لأبي يوسف . وقد جمع بعض الفضلاء فرق الطلاق والفسخ وما يحتاج منها إلى القضاء في قوله :

في خيار البلوغ والإعتاق ... فرقة حكمها بغير طلاق
فقد كفء كذا ونقصان مهر ... ونكاح فساده باتفاق
ملك إحدى الزوجين أو بعض زوج ... وارتداد كذا على الإطلاق
ثم جب وعنة ولعان ... وإبا الزوج فرقة بطلاق
وقضاء للقاضي في الكل شرط ... غير ملك وردة وعتاق

وقوله باتفاق احترازعن الحامل من زنا فإن نكاحها جائز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، فاسد عند أبي يوسف ، فالفرقة منه طلاق عندهما وفسخ عنده . وقوله على الإطلاق احترازعن قول محمد رحمه الله فإنه يفرق بين الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق وبين المرأة فهي فسخ ، وكل فرقة بطلاق إذا أوقع عليها في العدة طلقة وقعت إلا في اللعان لأنه يوجب حرمة مؤبدة ، كل فرقة توجب حرمة مؤبدة لا يقع الطلاق بعدها . ووجه الاحتياج إلى القضاء بقوله لأن الفسخ لدفع ضرر خفي . وظاهر العبارة تحقق الضرر وخفاؤه وليس بثابت . فالأولى أن يقال لدفع ضرر غير محقق بل نظر إلى سببه وهو قصور القرابة المشعر بقصور الشفقة ، وقد يظهر خلافه مما هو أثر النظر من

الفسخ ههنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل) بسبب قصور شفقة المزوج (ولهذا) أي لتمكن الخلل (يشمل الفسخ (الذكر والأنثى) لأن قصور الشفقة كما هو في حق الجارية ممكن كذلك في حق الغلام ، وإذا كان الضرر

الكفاءة ونقصان المهر وكلها فسخ ، والفرقة بالجب والعنة واللعان وكلها طلاق ، وبإباء زوج الذمية التي أسلمت وهي طلاق خلافا لأبي يوسف ، وقد جمع بعض الفضلاء فرق الطلاق والفسخ وما يحتاج منها إلى القضاء في قوله :

في خيار البلوغ والإعتاق ... فرقة حكمها بغير طلاق
فقد كفء كذا ونقصان مهر ... ونكاح فساده باتفاق
ملك إحدى الزوجين أو بعض زوج ... وارتداد كذا على الإطلاق
ثم جب وعنة ولعان ... وإبا الزوج فرقة بطلاق
وقضاء القاضي في الكل شرط ... غير ملك وردة وعتاق

قوله باتفاق احترازعن الحامل من زنا فإن نكاحها جائز عند أبي حنيفة ومحمد ، فاسد عند أبي يوسف ، فالفرقة منه طلاق عندهما وفسخ عنده لفساده . وقوله على الإطلاق احترازعن قول محمد فإنه يفرق بين الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق وبين المرأة فهي فسخ ، وكل فرقة بطلاق إذا أوقع عليها في العدة طلقة وقعت إلا في اللعان لأنه يوجب حرمة مؤبدة ، وكل حرمة توجب فرقة مؤبدة لا يقع الطلاق بعدها اهـ .
قوله فقد كفء كذا : يعني في تزويج المرأة نفسها . قوله قوله باتفاق احترازعن الحامل من زنا فإن نكاحها جائز عند أبي حنيفة ومحمد ، فاسد عند أبي يوسف ، فالفرقة منه طلاق عندهما الخ . أقول : لك أن تقول إذا كان جائزا عندهما فالفرقة لماذا فتأمل . قوله وفسخ عنده ، يعني أن هذا النكاح فاسد عنده فيكون فسخا عنده (قال المصنف : وهو تمكن الخلل) أقول : مخالف لما سيقول بعد أسطر .

ولهذا يختص بالأنثى فاعتبر دفعا والدفع لايفتقر إلى القضاء) ثم عندهما إذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح

كون الزوج كفأ والمهر تاما والخيار ثابت لها فى هذه الحالة كغيرها ، فقد ينكر الزوج عدم النظر فيرى أن فسخها لايصادف محلا فاحتيج إلى القضاء لإلزامه بناء على تعليق حكم الخيار بمظنة ترك النظر لابحقيقته ، ولا بدع فى خلوّ المظنة المعلل بها عن الحكمة فى بعض الصور كما فى سفر الملك المرفه فى عمله ببلاد متقاربة كل يوم نصف فرسخ على المراكب الهينة تنزها يجوز له القصر ، ولأن فى سببه ضعفا وخلافا بين العلماء ، بخلاف خيار العتق فإنه لدفع ضرر جلى وهو زيادة الملك عليها باستدامة النكاح ولهذا يختص بالأنثى لاقتصار السبب وهو زيادة الملك عليها ، بخلاف العبد إذا أعتق فاعتبر خيارها دفعا لضرر زيادة مملوكيتها ولا خلاف فيه فلم يحتج إلى القضاء . واعترض بأن دفعها هذه الزيادة التابعة لأصل النكاح برفعه ، وفيه جعل التابع متبوعا وهو نقض الأصول لأنه عكس المعقول . لايقال : الشيء إذا كان تابعا لشيء باعتبار الوجود يكون متبوعا فى النفى ، ولا يخفى أن كل لازم نفيه مستلزم لنفى الملزوم مع أن وجوده لازم وجوده ، فاستتباع الزيادة أصل النكاح فى النفى لايكون عكس المعقول بل وفقه . لأنا نقول : المراد أنه لايجوز أن ينفى التابع إذا كان مستلزما لنفى المتبوع اللازم الثابت لتضمنه رفع

خفيا لايطلع عليه ، لأن فرض المسئلة فيما إذا كان الزوج كفأ والمهر تاما فربما ينكره الزوج فيحتاج إلى القضاء للإلزام . وأما خيار العتق فلدفع ضرر جلى وهو زيادة الملك عليها ، فإن الزوج قبل عتقها كان يملك عليها تطليقتين ويملك مراجعتها فى قرءين ثم ازداد ذلك بالعتق وهو أمر جلى ليس للإنكار فيه مجال حتى يحتاج إلى الإلزام ، لكن لها أن تدفع ذلك عن نفسها وذلك مع بقاء أصل النكاح غير ممكن لأنه بعد العتق يستلزمها ، ووجود الملزوم بدون وجود اللازم محال ، ، فكان لها أن تدفع أصل الملك فى ضمن مالها من دفع الزيادة . واعترض بأن دفعها ما عليها من الزيادة يبطل ما كان ثابتا من حق الزوج المستتبعَ الزيادة وفى ذلك جعل التابع متبوعا وهو عكس المعقول ونقض الأصول . وأجيب بأن هذا ليس بجعل التابع متبوعا ، وإنما هو من باب الالتزام للضرر المرضى ، فإن الزوج حين تزوّج الأمة عالما لها بخيار العتق التزم الضرر الذى يحصل به والضرر المرضى غير ضائر ، بخلاف الأمة فإنها لم ترض بما يزيد عليها من الملك عند العتق لعدم اختيارها فى النكاح فلم يكن ضررها بمرضى فكان ضائرا ، وإذا اجتمع الضرر الضائر وغير الضائر يدفع الضائر دون غيره . وقوله (**ثم عندهما**) أى عند أبى حنيفة ومحمد ، خصهما بالذكر لأن مذهب أبى يوسف لايرد ههنا لأنه لايرى خيار البلوغ ، وإن كان المزوّج غير الأب والجد . وحاصل ماذكره ههنا أمور يقع بها الفرق بين خيار البلوغ والعتق وذلك خمسة :

بل لتوهم الخلل . ويجوز أن يقال : المراد تمكن الخلل المتوهم إلا أنه لايلائم قوله لدفع ضرر خفى فليتأمل . (قوله لأن فرض المسئلة فيما إذا كان الزوج كفأ والمهر تاما الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه إذا لم يكن الزوج كفأ ولم يكن المهر تاما تحتاج الفرقة إلى القضاء أيضا كما صرحوا به فينتقض كلا الدليلين على ما ذكره . والجواب أن ذلك فيما إذا زوجت المرأة نفسها ، وأما إذا زوجها الأولياء فليس العقد بنافذ حتى يحتاج إلى الفسخ ، وسيجىء فى فصل الكفاءة (قوله لأنه بعد العتق يستلزمها) أقول : أى يستلزم الزيادة (قوله عالما لها بخيار العتق الخ) أقول : خيار العتق ثابت بالنص (قوله وقوله ثم عندهما ، إلى قوله : خصهما بالذكر لأن مذهب أبى يوسف الخ) أقول : هذا مسلم إلا أن الظاهر كان أن يذكر قوله عندهما عند قوله ويشترط فيه القضاء فيحتاج وجه تأخيره إلى هنا إلى نوع تأمل ، ولعل وجهه أن أبا يوسف يقول باشتراط وقوع الفسخ بالقضاء لأنه قضاء فى المجتهد فيه فينفذ ولا يلزم منه أن يرى خيار البلوغ .

فسكتت فهو رضا ، وإن لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فتسكت) شرط العلم بأصل النكاح لأنها لاتتمكن من التصرف إلا به ، والولى ينفرد به فعذرت بالجهل ، ولم يشترط العلم بالخيار لأنها تتفرغ لمعرفة أحكام الشرع والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل ، بخلاف المعتقة لأن الأمة لاتتفرغ لمعرفتها فتعذر بالجهل بثبوت الخيار (ثم خيار البكر يبطل بالسكوت ،ولا يبطل خيار الغلام مالم يقل رضيت أو يجىء منه مايعلم أنه رضا ،وكذلك الجارية إذا دخل بها الزوج قبل البلوغ)

الأقوى لغرض رفع الأدنى . والجواب أنه إذا كان مقتضى الدليل وجب ويكون حينئذ رفع المتبوع مقتضى الدليل بواسطة اقتضائه ملزومه وهو ثابت هنا وهو النص ، فالوجه فى السؤال طلب حكمته مع أنه يتضمن ضرر الزوج فلم رجح دفع ضررها على دفع ضرره ؟ والجواب أن دفع ضررها يبطل حقا مشتركا بينهما وهو باستيفاء حق مشترك له ولها يثبت لنفسه حقا عليها فدفعها أولى ولأنه رضى بهذا الضرر حيث تزوجها مع العلم بثبوت خيار العتق شرعا (قوله فتعذر) أى الأمة المعتقة (بالجهل بثبوت الخيار) لها إذ كانت مشغولة بالخدمة الواجبة الشاغلة لها عن التعلم ، بخلاف الحرة لاتعذر به لانتفاء هذا المعنى فى حقها (قوله ثم خيار البكر يبطل بالسكوت) إنما ذكره بعد ماقدم من قوله فسكتت فهو رضا لبيان أن كون سكوتها رضا فيا تقدم هو إذا كانت بكرا فإن العبارة هناك أعم من ذلك ، وليمهد الفرق بينها وبين الغلام والثيب حيث قال (ولا يبطل خيار الغلام مالم يقل رضيت أو يجىء منه مايعلم أنه رضا) كالوطء ودفع المهر والكسوة والنفقة ، ويحتمل كون دفع المهر رضا إذا لم يكن دخل بها ، أما إن كان دخل بها قبل بلوغه ينبغى أن لايكون دفع المهر بعد بلوغه رضا لأنه لابد منه ، أقام أو فسخ (وكذلك الجارية إذا دخل بها الزوج قبل البلوغ) يعنى لايبطل خيارها بالسكوت بعد البلوغ مالم تقل رضيت ، أويجىء منها مايعلم أنه رضا كالتمكين من الوطء وطلب المهر والمواجب (اعتبارا لهذه الحالة) أى حالة ثبوت الاختيار (بحالة ابتداء النكاح) فكما لايكون سكوتها رضا لوزوجت ثيبا بالغة لايكون سكوتها رضا حالة ثبوت الخيار وهى ثيب بالغة ، ولو زوجت بكرا بالغة اكتفى بسكوتها فكذاإذا ثبت لها الخيار العلم بالنكاح وهى بكر بالغة ، ولما كان المفهوم من قوله خيار البكر يبطل بالسكوت إنما يقتضى أن خيار الثيب لايبطل به ولا تعرض فيه لما يبطل به خيار الثيب صرح بمفهومه ليفيدذلك وهو قوله وكذلك الجارية الخ

الأول أن خيار البلوغ فى الفرقة يحتاج إلى القضاء دون خيار العتق . والثانى أن خيار البلوغ يثبت للغلام والجارية وخيار العتق يثبت للجارية فقط وقد ذكرناهما . والثالث أن الصغيرة إذا بلغت وقد علمت بالنكاح فسكتت بطل خيارها سواء كانت عالمة بأن لها الخيار أو لم تكن ، أما إذا كانت عالمة فظاهر ، وأما إذا لم تكن فلأنها لم تعذر بالجهل بالخيار (لأنها تتفرغ لمعرفة أحكام الشرع والدار دار العلم) بخلاف ما إذا لم تكن عالمة بالنكاح فسكتت فإنها على خيارها لأنها لاتتمكن من التصرف إلا به ، والولى ينفرد بالنكاح فكانت معذورة فى الجهل ، وأما المعتقة فإنها معذورة فى الجهل سواء كانت جاهلة بالعتق أو بثبوت الخيار لها ، أما الأول فلأن المولى ينفرد به : وأما الثانى فلأن الأمة لاشتغالها بالخدمة لاتتفرغ لمعرفة أحكام الشرع فكانت معذورة . وقوله (ثم خيار البكر) تفريع على خيار البلوغ الشامل للذكر والأنثى ، وتقريره أن من له خيار البلوغ إذا كان غلاما فبلغ لم يبطل خياره (مالم يقل رضيت أو يجىء منه) بالجزم (مايعلم أنه رضا) وإن كانت جارية وقد دخل بها الزوج قبل البلوغ فكذلك وإن كانت بكرا يبطل خيارها بالسكوت (اعتبارا لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح)

(قال المصنف : وإن لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فتسكت) أقول : فيه بحث .

اعتبارا لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح ، وخيار البلوغ فى حق البكر لايمتد إلى آخر المجلس ولا يبطل بالقيام فى حق الثيب والغلام لأنه ماثبت بإثبات الزوج

(قوله وخيار البلوغ فى حق البكر لايمتد إلى آخر المجلس) بل يبطل بمجرد سكوتها والمراد بالمجلس مجلس بلوغها بأن حاضت فى مجلس وقد كان بلغها النكاح أو مجلس بلوغ خبر النكاح إذا كانت بكرا بالغة ، وجعل الخصاف خيار البكر ممتدا إلى آخر المجلس وهو قول بعض العلماء مال هو إليه ، و هو خلاف رواية المبسوط فإن فيه ثبوت الخيار لها فى الساعة التى تكون فيها بالغة إذا كانت عالمة بالنكاح ، وعلى هذا قالوا ينبغى أن تطلب مع رؤية الدم فإن رأته ليلا تطلب بلسانها فتقول فسخت نكاحى وتشهد إذا أصبحت وتقول رأيت الدم الآن . وقيل لمحمد كيف وهو كذب ، وإنما أدركت قبل هذا ؟ فقال لاتصدق فى الإسناد فجاز لها أن تكذب كى لا يبطل حقها . ثم إذا اختارت وأشهدت ولم تتقدم إلى القاضى الشهر والشهرين فهى على خيارها كخيار العيب . وما ذكر فى بعض المواضع من أنها لو بعثت خادمها حين حاضت للشهود فلم تقدر عليهم وهى فى مكان منقطع لزمها ولم تعذر ينبغى أن يحمل على ما إذا لم تفسخ بلسانها حتى فعلت . وما قيل لو سألت عن اسم الزوج أو عن المهر أو سلمت على الشهود بطل خيارها تعسف لا دليل عليه . وغاية الأمر كون هذه الحالة كحالة ابتداء النكاح ، ولو سألت البكر عن اسم الزوج لاينفذ عليها ، وكذا عن المهر وإن كان عدم ذكره لايبطل كون سكوتها رضا على الخلاف ، فإن ذلك إذا لم تسأل عنه لظهور أنها راضية بكل مهر ، والسؤال يفيد نفى ظهوره فى ذلك وإنها يتوقف رضاها على معرفة كميته ، وكذا السلام على القادم لايدل على الرضا ، كيف وإنما أرسلت لغرض الإشهاد على الفسخ . ولو اجتمع خيار البلوغ والشفعة تقول أطلب الحقين ثم تبدأ فى التفسير بخيار البلوغ ، ولو زوّج أمته الصغيرة ثم أعتقها ثم بلغت لايثبت لها خيار البلوغ لكمال ولاية المولى كالأب ولأن خيار العتق يغنى عنه ، والعبد الصغير إذا بلغ كذلك فى الأصح إلا أنه لايتصوّر فى حقه خيار العتق فيطلق إن شاء (قوله ولا يبطل بالقيام فى حق الثيب والغلام) ووجهه ظاهر من الكتاب . والحاصل أنها إذا بلغت ثيبا فرقف خيارها العمر لأن

فإن الصغيرة البكر إذا أدركت واستؤمرت للنكاح فسكتت عند ابتداء العقد كان سكوتها رضا فكذلك إذا كان لها الخيار فأدركت وسكتت كان سكوتها رضا فيبطل اختيارها والغلام والجارية الثيب إذا استؤمرا عند ابتداء عقد النكاح لم يكن سكوتهما رضا بل لابدّ من الرضا صريحا أو دلالة ، فكذلك عند خيار البلوغ لم يكن السكوت منهما رضا بل لابد من ذلك . وقوله (وخيار البلوغ) تفريع آخر على خيار البلوغ ، ويتضمن الوجه الرابع والخامس من الفرق بين خيار البلوغ وخيار العتق . وتقريره خيار البلوغ (فى حق البكر لايمتد إلى آخر المجلس) يعنى مجلس بلوغها بأن رأت الدم وقد كان بلغها خبر النكاح فسكتت أو مجلس بلوغ الخبر بالنكاح فسكتت ، بل يبطل بمجرد السكوت فى الوجهين جميعا . وأما خيار الثيب والغلام فلا يبطل بالقيام عن المجلس بل يمتد إلى ماوراء المجلس . وقوله (لأنه ماثبت) دليل عدم البطلان فى حق الثيب خاصة . وتقريره خيار بلوغها لم يثبت بإثبات الزوج وهو

(قوله فإن الصغيرة البكر إذا أدركت واستؤمرت للنكاح فسكتت الخ) أقول : الأظهر أن يقول البكر البالغة إذا بلغها خبر نكاحها فسكتت كان رضا (قوله وقوله لأنه ما ثبت دليل عدم البطلان فى حق الثيب خاصة)أقول : أنت خبير بأنه ينتهض دليلا على عدم امتداد خيار البكر إلى آخر المجلس ، بل على عدم البطلان فى حق الغلام أيضا لأن صدقه يكون بانتفاء الزوج كما يظهر بأدنى توجه ، فالتخصيص بالثيب مما

بل لتوهم الخلل فإنما يبطل بالرضا غير أن سكوت البكر رضا ، بخلاف خيار العتق لأنه ثبت بإثبات المولى وهو

سببه عدم الرضا فيبقى إلى أن يوجد مايدل على الرضا بالنكاح ، وكذا الغلام ، وعلى هذا تظافرت كلماتهم . وما في غاية البيان مما نقل عن الطحاوى حيث قال خيار المدركة يبطل بالسكوت إذا كانت بكرا وإن كانت ثيبا لم يبطل به ، وكذا إذا كان الخيار للزوج لايبطل إلا بصريح الإبطال أو يجيء منه دليل على إبطال الخيار كما إذا اشتغلت بشيء آخر أو أعرضت عن الاختيار بوجه من الوجوه مشكل ، إذ يقتضى أن الاشتغال بعمل آخر يبطله وهو تقييد بالمجلس ضرورة أن تبدله حقيقة أوحكما يستلزمه ظاهرا . وفى الجوامع : وإن كانت ثيبا حين بلغها أو كان غلاما لم يبطل بالسكوت وإن أقامت معه أياما ، إلا أن ترضى بلسانها أو يوجد مايدل على الرضا من الوطء أو التمكين منه طوعا أو المطالبة بالمهر أو النفقة وفيها لو قالت كنت مكرهة فى التمكين صدقت ولا يبطل خيارها ، وفى الخلاصة : لو أكلت من طعامه أو خدمته فهى على خيارها . لايقال : كون القول لها فى دعوى الإكراه فى التمكين مشكل لأن الظاهر يصدقها (قوله بخلاف خيار العتق) متصل بقوله لايمتد إلى آخر المجلس : أى فيمتد خيار العتق إلى آخر المجلس . ووجه الفرق أن خيار العتق ثبت بإثبات المولى لأنه حكم العتق الثابت بإثباته فاقتضى جوابا فى المجلس كالتمليك فى المخيرة . وحاصل وجوه الفرق بين خيارى البلوغ والعتق خمسة أوجه : احتياجه إلى القضاء ولو فسخ أحدهما ولم يفسخ القاضى حتى مات ورثه الآخر . وكذا الوطء بعد الفسخ قبل القضاء به ، بخلاف خيار العتق ينفسخ النكاح بمجرد فسخها ، ولايبطل خيار العتق بالسكوت إلى آخره ، ويبطل خيار البلوغ إذا كان من جهة المرأة وهى بكر ، بخلاف الغلام والثيب لأن السكوت لم يجعل فى حقهما رضا . ويثبت خيار البلوغ لكل من الذكر والأنثى ، بخلاف خيار العتق لو زوج عبده ثم أعتقه لاخيار له لأن خيار العتق لدفع ضرر زيادة الملك وهو منتف فى الذكر ، وخيار البلوغ لما ينشأ عن قصور الشفقة وهو يعمهما لايقال : الغلام يتمكن بعد البلوغ من التخلص بالطريق المشروع للذكران وهو الطلاق فلا حاجة إلى إثبات الخيار ، وما ثبت الخيار إلا للحاجة . لأنا نقول : لايتخلص عن نصف المهر بالطلاق وإن كان قبل الدخول بل يلزمه . وهنا إذا قضى القاضى بالفرقة قبل الدخول لايلزمه شيء ، وأما بعده فيلزمه كله ، لكن لو تزوجها بعد ذلك ملك عليها الثلاث . وفى الجوامع : إذا بلغ الغلام فقال فسخت ينوى الطلاق فهى طالق بائن ، وإن نوى الثلاث فثلاث وهذا أحسن لأن لفظ الفسخ يصلح كناية عن الطلاق . والرابع أن الجهل بثبوت الخيار شرعا معتبر فى خيار العتق دون البلوغ . والخامس أن خيار العتق يبطل بالقيام عن المجلس ، ولا يبطل خيار البلوغ فى الثيب والغلام وتقبل شهادة الموليين على اختيار أمتهما التى زوجاها نفسها إذا أعتقاها ، ولا تقبل شهادة العاصبين المزوجين بعد البلوغ أنها اختارت نفسها لأن سبب الرد قد انقطع فى الأولى بالعتق ولم ينقطع فى الثانية إذ هو النسب وهو باق

ظاهر ، وما لايثبت بإثبات الزوج لايقتصر على المجلس فإن التفويض هو المقتصر على المجلس كما سيجيء . وقوله (بل لتوهم الخلل) دليل يشمل البكر والغلام . وتقريره : خيار البلوغ ثبت بعدم الرضا لتوهم الخلل ، وما يثبت بعدم الرضا يبطل بالرضا لوجود منافيه ، فإن الشيء لايثبت مع منافيه ، غير أن سكوت البكر رضا دون سكوت الغلام فيبطل خيارها بمجرد السكوت ويمتد خياره إلى ما وراء المجلس فانظر إلى هذا الإدراج فى ضمن الإيجاز الذى هو قريب إلى حد الإعجاز ، جزاه الله عن المحصلين خيرا . وقوله (بخلاف خيار العتق) للفرق بينه

لاوجه له (قوله ومالم يثبت بإثبات الزوج الخ) أقول : منقوض بخيار العتق على ماسيجيء بعد أسطر ، وكان الأصوب أن يقول : ماثبت بإثبات الغير (قوله دليل يشمل البكر والغلام) أقول : كما يشمل الثيب (قوله دون سكوت الغلام) أقول : ودون سكوت الثيب أيضا

الإعتاق فيعتبر فيه المجلس كما فى خيار المخيرة ، ثم الفرقة بخيار البلوغ ليست بطلاق لأنه يصح من الأنثى ولا طلاق إليها ، وكذا بخيار العتق لما بينا ، بخلاف المخيرة لأن الزوج هو الذى ملكها وهو مالك للطلاق (فإن مات أحدهما قبل البلوغ ورثه الآخر) وكذا إذا مات بعد البلوغ قبل التفريق لأن أصل العقد صحيح والملك ثابت به وقد انتهى بالموت ، بخلاف مباشرة الفضولى إذا مات أحد الزوجين قبل الإجازة لأن النكاح ثمة موقوف فيبطل بالموت وههنا نافذ فيتقرر به . قال (ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون) لأنه لاولاية لهم على أنفسهم

(قوله ثم الفرقة بخيار البلوغ ليست بطلاق) بل فسخ لاينقص عدد الطلاق فلو جددا بعده ملك الثلاث (وكذا بخيار العتق لما بينا) من أنه يصح من الأنثى ولا طلاق إليها، ومن أنه يثبت بإثبات المولى ولا طلاق إليه ، وكذا الفرقة بعدم الكفاءة ونقصان المهر فسخ (بخلاف خيار المخيرة) لما ذكره فيقع الطلاق باختيارها نفسها لأنه إنما ملكها مايملكه وهو الطلاق ولو وقعت هذه الفرقة قبل الدخول لايجب نصف المسمى ، بخلاف الطلاق قبل الدخول . وهل يقع الطلاق فى العدة إذا كانت هذه الفرقة بعد الدخول : أى الصريح أولا ؟ لكل وجه ، والأوجه الوقوع (قوله ولا ولاية لعبد) لأن الولاية بإنفاذ القول على الغير إذا كانت متعدية ، والقاصرة منتفية فى هؤلاء فالمتعدية أولى . فإن قيل : صحة إقرار العبد تدل على ولايته القاصرة . فالجواب أنها فى المعنى معلقة فى غير الحدود والقصاص . وأما هما فمستثنيان عندنا . والإجماع على نفى ولايته فى النكاح لعجزه ، وإلا فيمكن أن يقال روايته الحديث ولاية حيث كان إلزاما ، وكذا أمانه إذا كان مأذونا له فى القتال وشهادته بهلال رمضان . وإن أجيب عن هذه فالمشاحة ممكنة فى الأجوبة . والأسلم جعل المراد بقوله ولا ولاية لعبد : أى فى النكاح لانفى الولاية مطلقا لأنه يستدل بعدم القاصرة على عدم المتعدية ، فلو أريد الأعم كان مستدلا ببعض الدعوى ولا المتعدية مطلقا ، إذ قد يشاحح بأن له شيئا من المتعدية لولايته على زوجته الحرة فى أمور الزوجية كالمنع من الخروج

وبين خيار البلوغ وهو الوجه الرابع وتقريره : خيار العتق ثبت بإثبات غيره وهو المولى لأنه لو لم يعتق لما ثبت لها الخيار ، وكل خيار ثبت بإثبات غيره اقتصر على المجلس (كما فى خيار المخيرة) فيكون القيام دليل الإعراض . وبيان تضمن هذا الوجه للوجه الخامس أنه أشار لذلك بقوله غير أن سكوت البكر رضا . يعنى والرضا يسقط خيار البلوغ ، وخيار الإعتاق إنما يعتبر فيه المجلس ويبطل بالإعراض والسكوت ليس بإعراض وهو خفى جدا . وقوله (ثم الفرقة بخيار البلوغ ليست بطلاق) يعنى سواء كان قبل الدخول أو بعده (لأنه يصح من الأنثى ولا طلاق إليها) والفائدة تظهر فى شيئين : أحدهما أنها لو وقعت قبل الدخول لم يجب نصف المسمى ولو كان طلاقا لوجب ، والثانى أنهما لو تناكحا بعد الفرقة ملك الزوج ثلاث تطليقات (وكذا بخيار العتق لما بينا) أنه يصح من الأنثى . وقوله (بخلاف خيار المخيرة) ظاهر إلى آخر المسئلة . قال (ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون) الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة ، فمن لاولاية له على نفسه فأولى أن لايكون له ولاية على غيره ، ولأن هذه الولاية نظرية ولا نظر فى التفويض إلى هؤلاء ، أما إلى الصبى والمجنون فللعجز عن تحصيل الكفء ، وأما إلى العبد

(قال المصنف : لأنه يصح من الأنثى) أقول : إن أعيد الضمير إلى الفرقة فهذا الكلام فى الفرقة بخيار العتق مسلم دون مانحن فيه لأنه يفرق القاضى كما فى الجب والعنة ، وإن أرجع إلى الخيار فى التفريق كلام مع أنه منتقض بالجب والعنة والجواب أن الفسخ فى خيار البلوغ يقع من المرأة ، ألا يرى أنه يجب أن تقول المرأة حين بلغت فسخت النكاح ويحكم القاضى بصحته بخلافه فى الجب والعنة .

فأولى أن لاتثبت على غيرهم ولأن هذه ولاية نظرية ولانظر فى التفويض إلى هؤلاء (ولا) ولاية (لكافرعلى مسلم) لقوله تعالى ـ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ـ ولهذا لاتقبل شهادته عليه ولا يتوارثان ، أما الكافر فتثبت له ولاية الإنكاح على ولده الكافر لقوله تعالى ـ والذين كفروا بعضهم أولياء بعض ـ ولهذا تقبل شهادته عليه ويجرى بينهما التوارث (ولغير العصبات من الأقارب ولاية التزويج عند أبى حنيفة) معناه عند عدم العصبات ، وهذا استحسان ، وقال محمد : لاتثبت وهو القياس ، وهو رواية عن أبى حنيفة ،

والتمكين وطلب الزينة مع ما ذكرنا فإنه يصدق فى الكل أنه عبد له ولاية على الغير ملزمة . والمراد بالجنون المطبق وهو على ما قيل سنة ، وقيل أكثر السنة ، وقيل شهر وعليه الفتوى . وفى التجنيس وأبو حنيفة رحمه الله لايوقت فى الجنون المطبق شيئا كما هودأبه فى التقديرات فيفوّض إلى رأى القاضى ، وغير المطبق تثبت له الولاية فى حالة إفاقته بالإجماع . وقد يقال : لاحاجة إلى تقييده به لأنه لايزوج حال جنونه مطبقا أو غير مطبق ويزوج حال إفاقته عن جنون مطبق أو غير مطبق ، لكن المعنى أنه إذا كان مطبقا تسلب ولايته فتزوّج ولا تنتظر إفاقته وغير المطبق الولاية ثابتة له فلا تزوّج وتنتظر إفاقته كالنائم . ومقتضى النظر أن الكفء الخاطب إذا فات بانتظار إفاقته تزوّج وإن لم يكن مطبقا وإلا انتظر على ما اختاره المتأخرون فى غيبة الولى الأقرب على ماسنذكره (قوله ولهذا) أى لهذا الدليل (لاتقبل شهادته عليه) لأنه لاسبيل له عليه (ولا يتوارثان) لأن الوارث يخلف المورّث فيما يليه ملكا ويدا وتصرفا . والظاهر أن الوراثة ليست ولاية على الميت بل ولاية قاصرة تحدث شرعا بعد انقضاء ولاية أخرى فنفى المتعدية ليس نفى الوراثة فليس نفيها بهذا الدليل . وكما لا تثبت الولاية لكافر على مسلم فكذا لاتثبت لمسلم على كافر : أعنى ولاية التزويج بالقرابة وولاية التصرف فى المال . قيل وينبغى أن يقال إلا أن يكون المسلم سيد أمة كافرة أو سلطانا ، وقائله صاحب الدراية ونسبه إلى الشافعى ومالك قال : ولم ينقل هذا الاستثناء عن أصحابنا والذى ينبغى أن يكون مرادا . ورأيت فى موضع معزوّ إلى المبسوط أن الولاية بالسبب العام تثبت للمسلم على الكافر كولاية السلطنة والشهادة ولا تثبت للكافر على المسلم فقد ذكر معنى ذلك الاستثناء . فأما الفسق فهو يسلب الأهلية كالكفر . المشهور أن عندنا لا وهو المذكور فى المنظومة . وعن الشافعى اختلاف فيه . أما المستور فله الولاية بلا خلاف فما فى الجوامع أن الأب إذا كان فاسقا فللقاضى أن يزوّج الصغيرة من غير كفؤ غير معروف . نعم إذا كان متهتكا لاينفذ تزويجه إياها بنقص ومن غير كفء وستأتى هذه (قوله ولغير العصبات من الأقارب ولاية التزويج عند أبى حنيفة معناه عند عدم العصبات) النسبية والسببية . والحاصل أن الولاية تثبت أوّلا لعصبة النسب على الترتيب الذى قدمناه ثم لمولى العتاقة ثم لعصبته على ذلك الترتيب بالاتفاق ثم بعد ذلك عند أبى حنيفة تثبت للأم ثم للبنت إذا كانت أمها مجنونة ثم بنت الابن ثم بنت البنت ثم بنت ابن الابن ثم بنت بنت

فكذلك لاشتغاله بخدمة المولى (ولا ولاية لكافر على مسلم) يعنى الولاية الشرعية ولا معتبر بالحسية منها . وقوله (ولغير العصبات من الأقارب) يعنى كالأخوال والخالات والعمات (ولاية التزويج عند عدم العصبات) أى عصبة كانت سواء كانت عصبة يحل النكاح بينه وبين المرأة كابن العم أو لم يحل كالعم ومولى العتاقة وعصبته من العصبات ، ثم عند أبى حنيفة بعد العصبات الأم ثم ذوو الأرحام الأقرب فالأقرب البنت ثم بنت الابن ثم

(قوله ثم ذوو الأرحام الخ) أقول : ذوو الأرحام هنا ليس على مصطلح الفرائض بل على معناه اللغوى ، فإن البنت وبنت الابن من أصحاب الفروض ، وكذا الأخوات

وقول أبي يوسف فى ذلك مضطرب والأشهر أنه مع محمد . لهما مارويناه ولأن الولاية إنما ثبتت صونا للقرابة عن نسبة غير الكفء إليها وإلى العصبات الصيانة. ولأبى حنيفة أن الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض إلى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة (ومن لا ولى لها) يعنى العصبة من جهة القرابة (إذا زوّجها مولاها الذى أعتقها

البنت ثم الأخت لأب وأم ثم الأخت لأب ثم لولد الأم يستوى ذكورهم وإناثهم فى ذلك ثم أولادهم . قال المصنف فى التجنيس معلما بعلامة فتاوى الشيخ نجم الدين عمر النسفى : غاب الأب غيبة منقطعة وله بنت صغيرة فزوجتها أختها و الأم حاضرة يجوز إن لم يكن لها عصبة أولى من الأخت . وليست الأم أولى من الأخت من الأب لأنها من قبل الأب ، والنساء اللواتى من قبل الأب لهن ولاية التزويج عند عدم العصبات بإجماع بين أصحابنا ، وهى الأخت والعمة وبنت الأخ وبنت العم ونحو ذلك ، ثم قال المصنف : هكذا ذكر هنا ، وذكر فى غيره من المواضع أن الأم أولى من الأخت الشقيقة لأنها أقرب اه.قيل هذا يستقيم فى الأخت لا العمة وبنت العم وبنت الأخ لأنهن من ذوى الأرحام وولايتهن مختلف فيها ، ومثل ماعن الشيخ نجم الدين النسفى منقول فى المصفى عن شيخ الإسلام خواهر زاده ، ومقتضاه تقدم الأخت على الجد الفاسد وبعد أولاد الأخوات العمات ثم الأخوال ثم الخالات ثم بنات الأعمام ثم بنات العمات ، والجد الفاسد أولى من الأخت عند أبى حنيفة . وعند أبى يوسف الولاية لهما كما فى الميراث ، كذا فى المستصفى . وقياس ماصحح فى الجد والأخ من تقدم الجد تقدم الجد الفاسد على الأخت ثم مولى الموالاة وهو الذى أسلم على يد أبى الصغيرة ووالاه لأنه يرث فتثبت له ولاية التزويج ، ثم السلطان ثم القاضى إذا شرط فى عهده تزويج الصغائر والصغار ، ثم من نصبه القاضى وإن لم يشرط فلا ولاية له فى ذلك وهذا استحسان . وقال محمد : لاولاية لذوى الأرحام ولا لمولى الموالاة ، وهو القياس ورواية الحسن عن أبى حنيفة (وقول أبى يوسف مضطرب فيه والأشهر أنه مع محمد) على مافى الهداية . وقال فى الكافى : الجمهور أن أبا يوسف مع أبى حنيفة ، وفى شرح الكنز وأبو يوسف مع أبى حنيفة فى أكثر الروايات (لهما ما روينا) يعنى من قوله صلى الله عليه وسلم « الإنكاح إلى العصبات » أثبت لهم الجنس ، وليس من وراء الجنس شىء فيثبت لغيرهم فلا إنكاح لغيرهم (قوله ولأن الولاية إنما ثبتت صونا للقرابة عن نسبة غير الكفء إليها) أى إلى القرابة على تأويل الأقارب أو على المعنى المصدرى (وإلى العصبات الصيانة) عن ذلك لا إلى غيرهم من ذوى الأرحام لأنهم ينسبون إلى قبيلة أخرى فلا يلحقهم العار بذلك (ولأبى حنيفة أن الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض إلى من هو المختص بالقرابة) إذ مطلقها باعث على الشفقة الموجبة لاختيار الكفء وذوو الأرحام بهذه

بنت البنت ثم بنت ابن الابن ثم بنت بنت البنت ثم الأخت لأب وأم ثم الأخت لأب ثم الأخ والأخت لأم ثم أولادهم ثم العمات والأخوال والخالات وأولادهم على هذا الترتيب ، ثم مولى الموالاة ثم السلطان ثم القاضى ومن نصبه القاضى إذا شرط تزويج الصغار والصغائر فى عهده ومنشوره ، أما إذا لم يشترط فلا ولاية له . وقال محمد : لا ولاية لغير العصبات ، وقول أبى يوسف مضطرب ذكره مع أبى حنيفة فى كتاب النكاح ومع محمد فى كتاب الولاء . وقوله (لهما ما روينا) يريد به قوله عليه الصلاة والسلام « الإنكاح إلى العصبات » عرف الإنكاح باللام فى غير معهود فكان معناه هذا الجنس مفوّض إلى هذا الجنس فلا يكون لغيره فيه مدخل ، ولأن الولاية لصيانة القرابة عن غير الكفء والصيانة إلى العصبات (ولأبى حنيفة أن هذه الولاية نظرية ، والنظر يتحقق بالتفويض إلى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة) فإن قلت : هذا تعليل فى مقابلة النص وهو لايجوز

جاز) لأنه آخر العصبات ، وإذا عدم الأولياء فالولاية إلى الإمام والحاكم لقوله صلى الله عليه وسلم « السلطان ولىّ من لا ولىّ له »

المثابة فإنا نرى شفقة الإنسان على ابنة أخته كشفقته على ابنة أخيه ، بل قد تترجح على الثانية ، ولا شك أن شفقة ذوى الأرحام ليست كشفقة السلطان ولا من ولاه فكانوا أولى منهم. وأما قولهما إنما ثبتت الولاية صونا للقرابة عن نسبة غير الكفء إليها فالحصر ممنوع ، بل ثبوتها بالذات تحصيلا لمصلحة الصغيرة بتحصيل الكفء لأنها بالذات لحاجتها لا لحاجتهم ، وكل من ذوى الأرحام فيه داعية تحصيل حاجتها فثبتت له الولاية بهذا الاعتبار ، وإن ثبتت لغيره من العصبات بكل من حاجتها بالذات إلى ذلك وحاجته وستزداد وضوحا فى مسئلة الغيبة . ويدل عليه إجازة ابن مسعود تزويج امرأته بنتها وكانت من غيره على الأصح ، وما إثبات جنس ولاية الإنكاح إلى العصبات فى الحديث فإنما هو حال وجودهم ، ولا تعرّض له حال عدمهم بنفى الولاية عن غيرهم ولا إثباتها فأثبتناها بالمعنى وقصة ابن مسعود ، وأيضا لاشك أنه خص منه السلطان لأنه ليس من العصبات لقوله « السلطان ولىّ من لا ولىّ له » أو بالإجماع فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى. وهذا الوجه على تقدير تسليم تعرض الحديث لغير العصبات بالنفى وحجيته ، وقوله فى قول محمد قياس وفى قول أبى حنيفة استحسان مع استدلاله بالحديث لمحمد ، وبالمعنى الصرف لأبى حنيفة يناقش فيه بأن الاستحسان هو الذى يكون بالأثر لا القياس فإن شرطه أن لا يكون فيه نص . ويجاب بأنه على بابه ، والمراد أن ماذكره محمد من الحكم فى نفس الأمر قياس يقابله الاستحسان الذى قال به أبو حنيفة وأن محمدا ظنه خلافه من الاستحسان فاستدل بالحديث ، وقد ظهر أن لا متمسك له به وكان الأولى أن يجيب به المصنف . وحاصل بحثه معارضة مجردة وهى لا تفيد ثبوت المطلوب قبل الترجيح [1] وقالوا : العصبات تتناول الأم لأنها عصبة فى ولد الزنا وولد الملاعنة فتثبت لأهلها، إلا أن أقارب الأب مقدمون (قوله وإذا عدم الأولياء) أى كل من العصبات وذوى الأرحام ومولى الموالاة (فالولاية إلى الإمام والحاكم) أى القاضى بشرط أن يكتب ذلك فى منشوره ، فلو زوّج الصغيرة مع عدم كتب ذلك فى منشوره ثم أذن له فيه فأجازه قيل لا يجوز وقيل يجوز على الأصح استحسانا .

[فروع] الأول ليس لولىّ الصغيرة ولاية تزويجها وإن أوصى إليه الأب بالنكاح إلا إذا كان الموصى عين

أجيب بوجهين : أحدهما أن معنى قوله الإنكاح إلى العصبات إذا وجدت العصبات والثانى أن الولاية تثبت لغيرهم بطريق الدلالة باعتبار الشفقة وكمال الرأى . والقول بتوريث ذوى الأرحام مع القول بعدم ولاية الإنكاح غير مستحسن لإطلاق قوله تعالى ـ وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض ـ ولكون التوريث مبنيا على الولاية . قوله (وإذا عدم الأولياء) يعنى على الوجه المذكور (فالولاية إلى الإمام والحاكم لقوله عليه الصلاة والسلام « السلطان ولىّ من لا ولىّ له ») أما الحاكم وهو القاضى فإنما يملك الإنكاح إذا كان ذلك فى عهده ومنشوره ، كذا

(قوله والثانى أن الولاية تثبت لغيرهم بطريق الدلالة) أقول : القول بإثباتها بطريق الدلالة مشكل ، وليس رأى النسوان كرأى الرجال فى الكمال وقد سبق (قوله والقول بتوريث ذوى الأرحام) أقول : الأنسب لدليله أن يقول : والقول بأنهم ذوو أرحام وتوريثهم مع القول بعدم النكاح الخ كما لا يخفى .

---

(١) (قوله قبل الترجيح) كذا فى نسخ ، ووقع فى أخرى : قبل التزويج ، وهو تحريف فليحرر كتبه مصححه .

(وإذا غاب الولى الأقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو أبعد منه أن يزوّج) وقال زفر : لايجوز لأن ولاية الأقرب

رجلا فى حياته للتزويج فيزوّجها الوصى به كما لو وكل فى حياته بتزويجها ، وإن لم يعين انتظر بلوغها لتأذن كذا قيل ، وليس بلازم لأن السلطان يزوجها إلا إذا كان الوصى قريبا فيزوجها بحكم القرابة لا الوصاية وإلا فالحاكم ، وبه قال الشافعى وأحمد فى رواية ، وفى أخرى له التزويج لقيامه مقام الأب . قلنا : إنما قام مقامه فى المال . وقال مالك : إن أوصى إليه فى التزويج جاز وهو رواية هشام عن أبى حنيفة . الثانى لو زوّج القاضى الصغيرة التى هو وليها وهى اليتيمة من ابنه لايجوز . كالوكيل مطلقا إذا زوّج موكلته من ابنه ، بخلاف سائر الأولياء لأن تصرف القاضى حكم منه وحكمه لابنه لايجوز بخلاف تصرف الولى ، ذكره فى التجنيس معلما له بعلامة غريب الرواية للسيد الإمام أبى شجاع ، والإلحاق بالوكيل يكفى للحكم مستغنى عن جعل فعله حكما مع انتفاء شرطه ، وكذا إذا باع مال يتيمه من نفسه لايجوز لكل من الوجهين ، والأوجه ماذكرنا ، بخلاف مالو نصب وصيا على اليتيم ثم اشترى منه يجوز لأنه نائب عن الميت لا القاضى . الثالث إقرار الولى على الصغير والصغيرة بالتزويج لم يصدق عند أبى حنيفة إلا ببينة أو يدرك الصغير فيصدقه ، معناه إذا ادعى الزوج ذلك عند القاضى وصدقه الأب ، وعندهما يثبت النكاح بإقراره . قال فى المصفى عن أستاذه : يعنى الشيخ حميد الدين : إن الخلاف فيما إذا أقر الولى فى صغرهما فإن إقراره موقوف إلى بلوغهما ، فإذا بلغا وصدقاه ينفذ إقراره وإلا يبطل ، وعندهما ينفذ فى الحال وقال : إنه أشار إليه فى المبسوط ، قال : هو الصحيح . وقيل الخلاف فيما إذا بلغ الصغير وأنكر النكاح فأقر الولى ، أما لو أقر بالنكاح فى صغره صح إقراره ، كذا فى المغنى . وفى مبسوط شيخ الإسلام : إذا أقر الأب على الصغير والصغيرة على قوله لايصدّق إلا ببينة ، وإن صدقه الزوج فى ذلك أو المرأة ، وعلى قولهما يصدق من غير بينة ، فإن قيل : على من تقام البينة ولا تقبل إلا على منكر يعتبر إنكاره والمنكر هو الصبى ، ولا عبرة بإنكاره والأب والزوج أو المرأة مقرّان ؟ قلنا : ينصب القاضى خصما عن الصغير أو الصغيرة حتى ينكر فيقيم الزوج البينة فيثبت النكاح على الصغير والصغيرة اهـ كله من المصفى . والذى يظهر أن قول من قال إن الخلاف فيما إذا بلغا فأنكرا النكاح ، أما إذا أقر عليهما فى صغرهما يصح بالاتفاق أوجه . وإقرار وكيل رجل أو امرأة بتزويجهما وإقرار مولى العبد بتزويجه على هذا الخلاف ، فأما إقراره بنكاح أمته فنافذ اتفاقا . الرابع فى النوازل : امرأة جاءت إلى قاض فقالت أريد أن أتزوّج ولا ولىّ لى ، فللقاضى أن يأذن لها فى النكاح كما لو علم أن لها وليا . وبمثله أجاب أبو الحسن السغدى ، وما نقل فيه من إقامتها البينة فخلاف المشهور ، وما نقل من قول حماد بن أبى حنيفة يقول لها القاضى إن لم تكونى قرشية ولا عربية ولا ذات بعل فقد أذنت لك ، فالظاهر أن الشرطين الأولين محمولان على رواية عدم الجواز من غير الكفء ، وأما الشرط الثالث فعلوم الاشتراط الخامس لايملك الوصى ولا الأب تزويج عبد الصغير ، وكذا تزويج عبده من أمته ، كذا فى الاستحسان وهو قول محمد ويملكان تزويج أمته (قوله وقال زفره : إذ غاب الولى الأقرب غيبة منقطعة لايزوجها أحد حتى تبلغ) بناء على أنه على ولايته لأن الولاية ثبتت حقا له على ماتقدم فى دليل محمد وقدمنا جوابه . وقال الشافعى رحمه الله : يزوجها

فى فتاوى قاضيخان . قوله (وإذا غاب الولى الأقرب) يعنى كالأب (غيبة منقطعة جاز لمن هو أبعد منه) كالجد أن يزوّج . (وقال زفر : ليس له ذلك) وقال الشافعى : يزوّج السلطان . لزفر أن ولاية الأقرب قائمة لأنها ثبتت

(قوله لزفر أن ولاية الأقرب قائمة لأنها) أقول : ضمير لأنها راجع إلى ولاية .

قائمة لأنها ثبتت حقا له صيانة للقرابة فلا تبطل بغيبته، ولهذا لو زوّجها حيث هو جاز ،ولا ولاية للأبعد مع ولايته .
ولنا أن هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض إلى من لاينتفع برأيه ففوضناه إلى الأبعد وهو مقدم على السلطان كما إذا مات الأقرب ، ولو زوّجها حيث هو فيه منع

السلطان لا الأبعد . وعندنا يزوجها الأبعد لأن هذه ولاية نظرية تثبت نظرا لليتيمة لحاجتها إليها ، ولا نظر فى التفويض إلى من لاينتفع برأيه ، وهذا لأن التفويض إلى الأقرب ليس لكونه أقرب بل لأن فى الأقربية زيادة مظنة للحكمة وهى الشفقة الباعثة على زيادة إتقان الرأى للمولية ، فحيث لا ينتفع برأيه أصلا سلبت إلى الأبعد ، إذ لو أبقينا ولاية الأقرب أبطلنا حقها وفاتت مصلحتها . أما الولى فحقه فى الصيانة عن غير الكفء يكون مقتضيا لإثبات ولاية الفسخ إذا وقع بفعلها من غير كفء فلا يتوقف على إثبات ولاية التزويج له ، فحيث ثبتت فإنما هى لحاجتها حقا لها . ولو سلم ففوات حقه بسبب من جهته وهو غيبته على أن المقصود له لايفوت إذ يخلفه فيه الولى الأبعد لأنه تلوه فى نفى غير الكفء والاحتراس عن التلطخ بنسبته فتضافرا على مقصود واحد فوجب المصير إلى ماقلنا وظهر وجه تقديمه على السلطان ، ولأنه لو سلبت ولايته بموته كان الأبعد أولى من السلطان ، فكذا إذا سلبت بعارض آخر . فالحاصل فى علة تقديمه على السلطان لايختلف بالموت وغيره . وقال صلى الله عليه وسلم « السلطان ولى من لا ولى له » وما يقال من أنه ينتفع برأيه بالرسول وبالكتاب وكتاب الخاطب إليه حيث هو فخلاف المعتاد فى الغائب والخاطب فلا يفرع الفقه باعتباره وقد لايعرف مكانه ، ونظيره الحضانة والتربية يقدم فيه الأقرب ، فإذا تزوجت القربى وثبت مظنة شغلها بالزوج صارت للبعدى ، وكذا النفقة فى مال الأقرب فإذا انقطع ذلك لبعد ماله وجبت فى مال الأبعد (قوله ولو زوّجها حيث هو فيه منع) جواب عن استدلال زفر على قياس ولايته حال غيبته بأنه لو زوّجها حيث هو صح اتفاقا فدل على أنه لم يسلب الولاية ، شرعا بغيبته . أجاب بمنع صحة تزويجه . قال فى المحيط : لارواية فيه ، وينبغى أن لايجوز لانقطاع ولايته . وفى المبسوط : لايجوز ، ولو سلم فلأنها انتفعت برأيه وهذا تنزل ، روجهه أن للأبعد قرب التدبير وللأقرب قرب القرابة فنزلا منزلة وليين فى درجة واحدة ، فأيهما عقد جاز لأنه أمس بالمعنى المعلق به ثبوت الولاية وسلبها . ومعناه أن سلب الولاية إنما كان لسلب الانتفاع برأيه ، فلما زوّجها من حيث هو ظهر أنه لم يكن ماعلق به سلب الولاية ثابتا بل القائم مناط ثبوتها . وفى شرح الكنز : لا رواية فيه ، فلنا أن نمنع لأنه لو جاز عقده حيث هو لأدى إلى مفسدة لأن الحاضر لو زوّجها بعد تزويج الغائب لعدم علمه لدخل بها الزوج وهى فى عصمة غيره ، وما قالوه فى صلاة الجنازة يدل عليه وهو أن الغائب لو كتب ليقدم رجلا فى صلاة الجنازة فللأبعد منعه ، ولو كانت له ولاية باقية لما كان له منعه ، كما لو كان حاضرا وقدم غيره . وقد استفيد مما ذكرنا أن الوليين إذا استويا كأخوين شقيقين أيهما زوّج نفذ . ومن العلماء من قال : لايجوز مالم يجتمعا على العقد والعمل على ماذكرنا ، فإن زوّجها كل منهما فالصحة

حقا له صيانة للقرابة عن نسبة غير الكفء إليها، والحق القائم بشخص لايبطل بغيبته (ولهذا لو زوّجها حيث هو جاز) بالاتفاق ، وإذا كانت ولاية الأقرب فى غيبته قائمة لايكون للأبعد ولاية (ولنا أن هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض إلى من لا ينتفع برأيه) وكلتا المقدمتين ظاهرة (ففوّضناه) أى النظر (إلى الأبعد) وقوله (وهو مقدّم على السلطان) إشارة إلى جواب الشافعى (كما إذا مات الأقرب) فإن الولاية لم تنتقل إلى السلطان بموت الأقرب فكذا بغيبته . وقوله (ولو زوّجها حيث هو فيه) جواب عن قول زفر ولهذا لو زوّجها حيث هو جاز

وبعد التسليم نقول للأبعد بعد القرابة وقرب التدبير وللأقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين فأيهما عقد نفذ ولا يرد والغيبة المنقطعة أن يكون في بلد لاتصل إليها القوافل في السنة إلا مرة واحدة) وهو اختيار القدوري. وقيل أدنى مدة السفر لأنه لانهاية لأقصاه وهو اختيار بعض المتأخرين. وقيل: إذا كان بحال يفوت الكفء الخاطب باستطلاع رأيه. وهذا أقرب إلى الفقه لأنه لانظر في إبقاء ولايته حينئذ (وإذا اجتمع في المجنونة أبوها وابنها فالولي في نكاحها ابنها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد أبوها)

السابق، فإن لم يعلم السابق أو وقعا معا بطلا لعدم الأولوية بالتصحيح، ولو زوجها أبوها وهي بكر بالغة بأمرها وزوجت هي نفسها من آخر فأيهما قالت هو الأول فالقول قولها وهو الزوج لأنها أقرت بملك النكاح له على نفسها وإقرارها حجة تامة عليها، وإن قالت لا أدرى الأول ولا يعلم من غيرها فرق بينها وبينهما، وكذا لو زوجها وليان بأمرها (قوله ولا يرد الخ) يفيد أنه لو حضر الأقرب بعد عقد الأبعد لايرد عقده وإن عادت ولايته بعوده (قوله والغيبة المنقطعة أن يكون في موضع لاتصل إليه القوافل في السنة إلا مرة وهو اختيار القدوري) وعن أبي يوسف من جابلقا إلى جابلسا: وهما قريتان إحداهما بالمشرق والأخرى بالمغرب، وهذا رجوع إلى قول زفر، وإنما ضرب هذا مثلا، وعنه في رواية أخرى من بغداد إلى الري، وهكذا عن محمد، وفي رواية من الكوفة إلى الري. ومن المشايخ من قال: حد الغيبة المنقطعة أن يكون متحولا من موضع إلى موضع فلا يوقف على أثره، أو يكون مفقودا لايعرف خبره. وقيل إذا كان في موضع يقع الكراء إليه دفعة واحدة فليست غيبة منقطعة أو بدفعات فمنقطعة، وقيل أدنى مدة السفر لأنه لانهاية لأقصاه وهو اختيار بعض المتأخرين منهم القاضي الإمام أبو علي النسفي وسعد بن معاذ وأبو عصمة المروزي وابن مقاتل الرازي وأبو علي السغدي وأبو اليسر والصدر الشهيد، قالوا: وعليه الفتوى. وقال الإمام السرخسي في مبسوطه: والأصح أنه إذا كان في موضع لو انتظر حضوره واستطلاع رأيه يفوت الكفء، وعن هذا قال قاضيخان في الجامع الصغير: لو كان مختفيا في المدينة بحيث لايوقف عليه تكون غيبته منقطعة، وهذا حسن لأنه النظر. وفي النهاية: عليه أكثر المشايخ منها القاضي الإمام أبو بكر محمد بن الفضل. وفي شرح الكنز: أكثر المتأخرين على أدنى مدة السفر، ولا تعارض بين أكثر المتأخرين وأكثر المشايخ والأشبه بالفقه قول أكثر المشايخ (قوله وإذا اجتمع في المجنونة) جنونا أصليا بأن بلغت مجنونة أو عارضيا بأن طرأ الجنون بعد البلوغ (أبوها) أو جدها (مع ابنها فالولي في تزويجها ابنها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد أبوها) وقال زفر في العارضي: لايزوجها أحد لأن الولاية زالت عند بلوغها عاقلة فلا ترجع وليس بشيء فلا ترجع عند وجود مناط الحجر بل هي أحوج إلى الولاية بالجنون

بالمنع: يعني لانسلم جوازه (وبعد التسليم نقول للأبعد بعد القرابة وقرب التدبير وللأقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين فأيهما عقد نفذ ولا يرد) يعني إذا حضر الأقرب وقد زوج الأبعد لايرد النكاح، ثم فسر الغيبة المنقطعة وهو ظاهر، وقوله (وهو اختيار بعض المتأخرين) منهم القاضي الإمام علي السغدي والقاضي الإمام أبو علي النسفي وهو قول محمد بن مقاتل الرازي وسفيان الثوري وأبي عصمة وسعد بن معاذ المروزي. وقوله (لأنه لانظر في إبقاء ولايته حينئذ) يعني لعدم الانتفاع به، وعن هذا قال الإمام قاضيخان في الجامع الصغير

(قال المصنف: فنزلا منزلة وليين متساويين) أقول: قال ابن الهمام: قد استفيد مما ذكره أن الوليين إذا استويا كأخوين شقيقين أيهما زوج نفذ، ومن العلماء من قال: لايجوز مالم يجتمعا على العقد والعمل، فإن زوجها كل منهما فالصحة للسابق، فإن لم يعلم السابق أو وقعا معا بطلا لعدم الأولوية بالتصحيح اهـ. ويدل على ذلك ماسيجيء في باب مايوجب القصاص، وما لا يوجبه أن ولاية الإنكاح تثبت لكل من الأولياء كلا.

لأنه أوفر شفقة من الابن . ولهما أن الابن هو المقدم فى العصوبة . وهذه الولاية مبنية عليها ولا معتبر بزيادة الشفقة كأبى الأم مع بعض العصبات .

(فصل فى الكفاءة)

(الكفاءة فى النكاح معتبرة) قال صلى الله عليه وسلم « ألا لا يزوّج النساء إلا الأولياء ، ولا يزوّجن إلا من الأكفاء »

منها إليها بالصغر لأن الحاجة إليها فى الصغر لتحصيل الكفء وفى الجنون لذلك ودفع الشهوة والممارسة ، وكذا المجنون يجتمع فيه أبوه وابنه أو جدّه على هذا الخلاف . وعن أبى يوسف رواية أخرى : أيهما من الأب والابن زوّج جاز ، وهى رواية المعلى جعلهما فى مرتبة ، ولا يبعد إذ فى الابن قوّة العصوبة وفى الأب زيادة الشفقة ففى كل منهما جهة (قوله) فى وجه قولهما (وهذه الولاية مبنية على العصوبة) بالنص السابق ، والابن هو المقدّم فى العصوبة شرعا لانفراده بالأخذ بالعصوبة عند اجتماعه معه . ثم إذا زوّج المجنونة أو المجنون الكبيرين أبوهما أو جدهما لاخيار لهما إذا أفاقا لتمام شفقتهما . ولو زوّج الرجل المجنون أو المرأة ابنهما فلا رواية فيه عن أبى حنيفة ، وينبغى أن لا يكون لهما خيار لأنه يقدم على الأب والجد ولا خيار لهما فى تزويجهما فالابن أولى .

(فصل فى الكفاءة)

الكفء المقاوم ويقال لا كفاء له (١) بالكسر . ولما كانت الكفاءة شرط اللزوم على الولى إذا عقدت بنفسها حتى كان له الفسخ عند عدمها كانت فرع وجود الولى وهو بثبوت الولاية ، فقدم بيان الأولياء ومن تثبت له ثم أعقبه فصل الكفاءة (قوله معتبرة) قالوا : معناه معتبرة فى اللزوم على الأولياء حتى إن عند عدمها جاز للولى الفسخ ثم استدل بقوله صلى الله عليه وسلم « ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء

حتى لو كان مختفيا فى البلدة لا يوقف عليه تكون غيبته منقطعة . وقوله (لأنه أوفر شفقة من الابن) بدليل أن ولاية الأب تعم النفس والمال . والابن ليس له الولاية فى المال (ولهما أن الابن هو المقدم فى العصوبة) ألا ترى أن الأب معه يستحق السدس بالفرضية فقط . وقوله (ولا معتبر بزيادة الشفقة) جواب محمد .

(فصل فى الكفاءة)

لما كانت الكفاءة معتبرة على ما تقدم أن عدمها يمنع الجواز أو يمكن الأولياء من الفسخ احتاج إلى أن يذكرها فى فصل على حدة ، والكفاءة بالفتح مصدر والاسم منه الكفء وهو النظير من كافأه إذا ساواه فهى معتبرة فى النكاح . قال صلى الله عليه وسلم « ألا لا يزوّج النساء إلا الأولياء ، ولا يزوجن إلا من الأكفاء » رواه جابر

(فصل فى الكفاءة)

---

(١) قوله (ويقال لا كفاء له) كذا فى بعض نسخ الفتح ، ومثله فى كتب اللغة . قال فى الأساس : وتقول لا كفاء له بالكسر وهو فى الأصل مصدر وضع موضع المكافئ . قال حسان * وروح القدس له ليس له كفاء * أى مكافئ ، اهـ .

ووقع فى بعض النسخ سقط وتصحيف فليحذر كتبه مصححه .

ولا يزوّجن إلا من الأكفاء » فههنا نظران فى إثبات حجيته ، ثم وجه دلالته على الدعوى على الوجه المذكور من معناها . أما الأول فهو حديث ضعيف لأن فى سنده مبشر بن عبيد عن الحجاج بن أرطاة والحجاج مختلف فيه ومبشر ضعيف متروك نسبه أحمد إلى الوضع وسيأتى تخريجه لكنه حجة بالتضافر والشواهد، فمن ذلك ما روى محمد فى كتاب الآثار عن أبى حنيفة عن رجل عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال: لأمنعن فروج [١] ذوات الأحساب إلا من الأكفاء . ومن ذلك ما رواه الحاكم وصححه من حديث علىّ أنه عليه الصلاة والسلام قال له: «ياعلىّ ثلاث لاتؤخرها : الصلاة إذا أتت، والجنازة إذا حضرت، والأيم إذا وجدت كفؤا »، وقول الترمذى فيه لاأرى إسناده متصلا منتف بما ذكرناه من تصحيح الحاكم. وقال فى سنده سعيد بن عبد الله الجهنى مكان قول الحاكم سعيد بن عبد الرحمن الجمحى فلينظر فيه . وما عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم « تخيروا لنطفكم وأنكحوا الأكفاء » روى ذلك من حديث عائشة وأنس وعمر من طرق عديدة فوجب ارتفاعه إلى الحجية بالحسن لحصول الظن بصحة المعنى وثبوته عنه صلى الله عليه وسلم ، وفى هذا كفاية ، ثم وجدنا فى شرح البخارى للشيخ برهان الدين الحلبى ذكر أن البغوى قال إنه حسن ، وقال فيه رواه ابن أبى حاتم من حديث جابر عن عمرو بن عبدالله الأودى بسنده ثم أوجدنا بعض أصحابنا صورة السند عن الحافظ قاضى القضاة العسقلانى الشهير بابن حجر. قال ابن أبى حاتم: حدثنا عمرو بن عبد الله الأودى ، حدثنا وكيع عن عباد بن منصور قال : حدثنا القاسم بن محمد قال : سمعت جابرا رضى الله عنه يقول: قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « ولا مهر أقل من عشرة » من الحديث الطويل . قال الحافظ : إنه بهذا الإسناد حسن ولا أقل منه . وأغنى عما استدل به بعضهم من طريق الدلالة فقال : إذا كانت الكفاءة معتبرة فى الحرب وذلك فى ساعة ففى النكاح وهو للعمر أولى . وذكر ما وقع فى غزوة بدر أنه لما برز عتبة بن ربيعة وشيبة بن ربيعة والوليد بن عتبة ، وخرج إليهم عوف ومعوّذ ابنا عفراء وعبد الله بن رواحة قالوا لهم : من أنتم ؟ قالوا : رهط من الأنصار، فقالوا : أبناء قوم كرام ، ولكنا نريد أكفاءنا من قريش، فقال صلى الله عليه وسلم: « صدقوا ، ثم أمر حمزة وعليا وعبيدة بن الحرث » الخ . فأما قوله صلى الله عليه وسلم « صدقوا » فلم أره ، والذى فى سيرة ابن هشام عن ابن إسحاق أنهم قالوا لهم : أنتم أكفاء كرام ، ولكنا نريد بنى عمنا . وفى رواية: « مالنا بكم من حاجة ، ثم نادى مناديهم يامحمد أخرج لنا أكفاءنا من قريش . فقال صلى الله عليه وسلم : قم ياحمزة وقم ياعلىّ الخ » . ونحن نقطع أن عدوّ الله لو برز للمسلمين يريد إطفاء نور الله وهو من أكابر أنسابهم فخرج إليهم عبد من المسلمين فقتله كان مشكورا عند الله وعند المؤمنين ولم يزده ذلك النسب إلا بعدا . نعم الكفاءة المطلوبة هنا كفاءة الشدّة فينبغى أن يخرج إليه كفؤه فيها لأن المقصود نصرة الدين ولو كان عبدا ، وكلامه إنما يفيد فى النسب ، وإنما أجابهم صلى الله عليه وسلم لذلك إما لعلمه بأنهم أشد من الذين خرجوا إليهم أوّلا أو لئلا يظن بالمطلوبين عجز أو جبن ، أو دفعا لما قد يظن أهل النفاق من أنه يضن بقرابته دون الأنصار . النظر الثانى لايخفى أن الظاهر من قوله « لايزوجن إلا من الأكفاء » أن الخطاب للأولياء نهيا لهم أن يزوجوهن إلا

(١) قوله (فروج) كذا فى بعض النسخ ، وفى بعضها : تزوج ، وكلاهما صحيح فحرر الرواية كتبه مصححه .

ولأن انتظام المصالح بين المتكافئين عادة ، لأن الشريفة تأبى أن تكون مستفرشة للخسيس فلابد من اعتبارها ، بخلاف جانبها لأن الزوج مستفرش فلا تغيظه دناءة الفراش

من الأكفاء ، ولا دلالة فيه على أنها إذا زوّجت نفسها من غير الكفء يثبت لهم حق الفسخ . فإن قلت : يمكن كون فاعل يزوّجن المحذوف أعم من الأولياء ، ومنها أن لايزوجهن مزوّج هى لنفسها أو الأولياء لها . فالجواب أن حاصله أنها منهية عن تزويجها نفسها بغير الكفء فإذا باشرته لزمها المعصية ولا يستلزم أن للولى فسخه إلا المعنى الصرف ١ وهو أنها أدخلت عليه ضررا فله دفعه ، وهذا ليس مدلول النص ، ولو علل نهيها التضمنى للنص بإدخالها الضرر عليه لم يكن فسخه مدلول النص . وإنما قلنا التضمنى لأن النهى على هذا التقدير متعلق بها وبالأولياء ، فبالنسبة إليهم إنما يعلل بترك النظر لها ، وبالنسبة إليها بإدخال الضرر على الولى . وعلى كل تقدير فليس مدلول اللفظ . ولايشكل على سامع أن فى قول القائل إذا زوّجت المرأة نفسها من غير كفء فللولى فسخه لقوله صلى الله عليه وسلم « لايزوجهن أحد إلا من الأكفاء » نبوة للدليل عن المدعى . فالحق أنه دليل على مجرد الاعتبار فى الشرع من غير تعرض لأمر زائد على ذلك كما هو فى الكتاب . فإن قلت : كون الشىء معتبرا فى الشرع لابد من كونه على وجه خاص : أعنى معتبرا على أنه واجب أومندوب . قلنا : نعم لكنه لم تقصد الخصوصية . فإن قلت : فما هو؟ قلنا : مقتضى الأدلة التى ذكرناها الوجوب : أعنى وجوب نكاح الأكفاء وتعليلها بانتظام المصالح يؤيده لاينفيه . ثم لايستلزم كونه أوّل كفء خاطب إلا ماروى الترمذى من حديث أبى هريرة رضى الله عنه ، عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوّجوه ، إلا تفعلوه تكن فتنة فى الأرض وفساد كبير » ولولا أن شرط المشروع القطعى لايثبت بظنى لقلنا باشتراط الكفاءة للصحة . ثم هذا الوجوب يتعلق بالأولياء حقا لها وبها حقا لهم على ماتبين مما ذكرناه ، لكن إنما تتحقق المعصية فى حقهم إذا كانت صغيرة لأنها إذا كانت كبيرة لاينفذ عليها تزويجهم إلابرضاها : فهى تاركة لحقها ، كما إذا رضى الولى بترك حقه حيث ينفذ . هذا كله مقتضى الأدلة التى ذكرناها مع قطع النظر عن غيرها ، وعلى اعتبارها يشكل قول أبى حنيفة فى أن الأب له أن يزوّج بنته الصغيرة من غير كفء . فإن قلت : خطب صلى الله عليه وسلم فاطمة بنت قيس وهى قرشية على أسامة بن زيد وليس قرشيا ، وزوّجت أخت عبد الرحمن بن عوف من بلال وهو حبشى ، وزوّج أبو حذيفة بنت أخيه من مولاه ، وكل ذلك بعلم الصحابة وبعضه بفعل النبى صلى الله عليه وسلم . فالجواب أن وقوع هذه ليس يستلزم كون تلك النساء صغائر بل العلم محيط بأنهن كبائر خصوصا بنت قيس كانت ثيبا كبيرة حين تزوّجها أسامة ، وإنما جاز لإسقاطهن حق الكفاءة هن وأولياؤهن . هذا وفى اعتبار الكفاءة خلاف مالك ، والثورى والكرخى من مشايخنا لما روى عنه صلى الله عليه وسلم « الناس سواسية كأسنان المشط ، لافضل لعربى على عجمى إنما الفضل بالتقوى » قلنا ما رويناه يوجب حمل ما رووه على حال الآخرة جمعا بين الأدلة (قوله ولأن انتظام الخ) يعنى أن المقصود من شرعية النكاح انتظام مصالح كل من الزوجين بالآخر فى مدة العمر لأنه

(ولأن انتظام المصالح بين المتكافئين عادة) والنكاح شرع لانتظامها ولا تنتظم بين غير المتكافئين (لأن الشريفة تأبى أن تكون مستفرشة للخسيس فلابد من اعتبارها) من جانبه بخلاف جانبها لأنه مستفرش فلا يغيظه دناءة الفراش

(قال المصنف : ولأن انتظام المصالح بين المتكافئين) أقول : قوله بين المتكافئين خبر إن فى قوله ولأن .

(١) (إلا المعنى الصرف) كذا فى نسخة ، وفى أخرى : إلا لمعنى الضرر ، وحرر كتبه مصححه .

(وإذا زوّجت المرأة نفسها من غير كفء فللأولياء أن يفرّقوا بينهما) دفعا لضرر العارعن أنفسهم (ثم الكفاءة تعتبر فى النسب) لأنه يقع به التفاخر

وضع لتأسيس القرابات الصهرية ليصير البعيد قريبا عضدا وساعدا يسرّه مايسرّك ويسوءه مايسوءك ، وذلك لايكون إلا بالموافقة والتقارب ، ولا مقاربة للنفوس عند مباعدة الأنساب والاتصاف بالرق والحرية ونحو ذلك ، ولذلك رأينا الشرع فسخ عقد النكاح إذا ورد ملك اليمين لها عليه وإن كان معللا أيضا بعلة أخرى عامة للطرفين على مامر فى فصل المحرمات فعقده مع غير المكافئ قريب الشبه من عقد لاتترتب عليه مقاصده ، وإذا كان إياه فسد ، وإذا كان طريقه كره ولم يلزم لموليه إذا انفرد به الولى لظهور الإضرار بها (قوله وإذا زوّجت المرأة نفسهامن غير كفء فللأولياء) وإن لم يكونوا محارم كابن العم (أن يفرقوا بينهما دفعا للعار عن أنفسهم) مالم يجئ من الولى دلالة الرضا كقبضه المهر أو النفقة أو المخاصمة فى أحدهما وإن لم يقبض وكالتجهيز ونحوه ، كما لو زوّجها على السكت فظهر عدمها ، بخلاف ما إذا اشترط العاقد الكفاءة أوأخبره الزوج بها حيث كان له التفريق ، أما إذا لم يشترط ولم يخبره فذكر فى الفتاوى الصغرى فيمن زوّجت نفسها مما لايعلم حاله فإذا هو عبد مأذون له فى النكاح ليس لها الفسخ بل للأولياء ، أو زوّجها الأولياء ممن لايعلمون حاله ولم يخبرهم بحريته ورقه فإذا هو عبد مأذون له فى النكاح ليس لهم الفسخ . ولو أخبر بحريته أو شرطوا ذلك فظهر بخلافه كان للعاقد الفسخ ، ولا يكون سكوت الولى رضا إلا إن سكت إلى أن ولدت فليس له حينئذ التفريق . وعن شيخ الإسلام أن له التفريق بعد الولادة أيضا ، وهذه الفرقة فسخ لاينقص عدد الطلاق ولا يجب عندها شيء من المهر إن وقعت قبل الدخول ، وبعده لها المسمى ، وكذا بعد الخلوة الصحيحة وعليها العدة ولها نفقة العدة لأنها كانت واجبة . ولا تثبت هذه الفرقة إلا بالقضاء لأنه مجتهد فيه وكل من الخصمين يتشبث بدليل فلا ينقطع النزاع إلا بفصل القاضى ، والنكاح قبله صحيح يتوارثان به إذا مات أحدهما قبل القضاء ، هذا على ظاهر الرواية ، أما على الرواية المختارة للفتوى لايصح العقد أصلا إذا كانت زوّجت نفسها من غير كفء . وهل للمرأة إذا زوّجت نفسها من غير كفء أن تمنع نفسها من أن يطأها ؟ مختار الفقيه أبى الليث نعم . قال فى التجنيس : هذا وإن كان خلاف ظاهر الجواب لأن من حجة المرأة أن تقول إنما تزوّجتك على رجاء أن يجيز الولى وعسى لايرضى فيفرق فيصير هذا وطأ بشبهة . ورضابعض الأولياء المستوين فى درجة كرضا كلهم خلافا لأبى يوسف وزفر لأنه حق الكل فلا يسقط إلا برضا الكل ، كالدين المشترك ، قلنا : هو حق لهم لكن لايتجزأ فيثبت لكل منهم على الكمال كولاية الأمان ، فإذا أبطله أحدهم لايبقى كحق القصاص ، أما لو رضى الأبعد كان للأقرب الاعتراض . ولو زوّجها الولى بإذنها من غير كفء فطلقها ثم زوّجت نفسها منه ثانيا كان لذلك الولى التفريق ، ولا يكون الرضا بالأول رضا بالثانى لأن الإنسان لايبعد رجوعه عن خلة دنية ، وكذا لو زوّجها هو من غير كفء فطلقها فتزوّجت آخر غير كفء ولو تزوّجته ثانيا فى العدة ففرق بينهما لزمه مهر ثان واستأنفت العدة وإن كان قبل الدخول فى الثانى ، وستأتى هذه المسئلة فى باب العدّة إن شاء الله تعالى (قوله ثم الكفاءة تعتبر فى النسب) جميع ماذكر فى المبسوط وفتاوى الولوالجى

(وإذا زوّجت المرأة نفسها من غير كفء فللأولياء أن يفرقوا بينهما دفعا لضرر العار عن أنفسهم) يعنى مالم تلد منه كما تقدم . فإن قيل : الحديث يدل على عدم الجواز ، فى القول بالجواز بدونها وحق الاعتراض مخالفة له . قلت : جاز أن يكون نهيا وهو يقتضى المشروعية عندنا (ثم الكفاءة) عندنا (تعتبر فى) خمسة أشياء (النسب)

(قوله قلت : جاز أن يكون نهيا الخ) أقول : لايخفى أن هذا الجواب اعتراف بفساد النكاح ، فهو صلح من غير تراضى الخصمين لأن

(فقريش بعضهم أكفاء لبعض ، والعرب بعضهم أكفاء لبعض) والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام

مذكور فى الكتاب وسيورده ، إلا الكفاءة فى العقل ذكره الولوالجى ولم يذكره هنا ، قال بعضهم : لارواية فى اعتبار العقل فى الكفاءة . واختلف فيه ؛ فقيل يعتبر لأنه يفوت بعدمه مقصود النكاح ، وقيل لا لأنه مرض ، ولا تعتبر الكفاءة عندنا فى السلامة من العيوب التى يفسخ بها البيع كالجذام والجنون والبرص والبخر والدفر إلا عند محمد فى الثلاثة الأول : أعنى الجنون والجذام والبرص إذا كان بحال لاتطيق المقام معه فالحق اعتبار الكفاءة فى العقل على قول محمد ، إلا أن الذى له التفريق والفسخ الزوجة لا الولى وكذا فى أخويه عنده .

[فرع] انتسب إلى غير نسبه لامرأة فتزوجته ثم ظهر خلاف ذلك ، فإن لم يكافئها به كقرشية انتسب لها إلى قريش ثم ظهر أنه عربى غير قرشى فلها الخيار ؛ ولو رضيت كان للأولياء التفريق وإن كافأها به كعربية ليست قرشية انتسب لها إلى قريش فظهر أنه عربى غير قرشى فلا حق للأولياء ، ولها هى الخيار عندنا إن شاءت فارقته خلافا لزفر . ولنا أنه شرط لنفسها فى النكاح زيادة منفعة وهو أن يكون ابنها صالحا للخلافة ، فإذا لم تنل كان لها الخيار ، كشراء العبد على أنه كاتب فظهر خلافه . وأيضا الاستفراش ذل فى جانبها فقد ترضى به ممن هو أفضل منها لا من مثلها ، فإذا ظهر خلافه فقد غرّها وتبين عدم رضاها بالعقد فيثبت لها الخيار ، ولو كان هذا الانتساب من جانبها والغرور لم يكن له خيار لأنه لايفوت عليه شىء من مقاصد النكاح بما ظهر من غرورها ولتخلصه منها بطريق يمكنه وهو الطلاق فلاحاجة إلى إثبات الخيار ويحتاج بعد هذا إلى فضل تقرير ، وفرق بين هذا وبين إثبات خيار البلوغ للغلام وهو سهل إن شاء الله تعالى (قوله فقريش بعضهم أكفاء لبعض) روى الحاكم بسند فيه مجهول ، فإن شجاع بن الوليد قال : حدثنا بعض إخواننا عن ابن جريج عن عبد الله بن أبى مليكة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « العرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ورجل برجل ، والموالى بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ورجل برجل إلا حائكا أو حجاما » ورواه أبو يعلى بسند فيه عمران بن أبى الفضل الإيلى ، وضعف بأنه موضوع وأن عمران هذا يروى الموضوعات عن الأثبات . وروى الدارقطنى عن ابن عمر مرفوعا « الناس أكفاء قبيلة لقبيلة وعربى لعربى ومولى لمولى إلا حائكا أو حجاما » وضعف ببقية بن الوليد وهو مخيل إن عنعن الحديث ليس غير . وبأن محمد بن الفضل مطعون فيه . ورواه ابن عدى فى الكامل من حديث على وعمر باللفظ الأول ؛ وفيه على بن عروة قال منكر الحديث ، وعثمان بن عبد الرحمن قال صاحب التنقيح هو الطرائفى من أهل حران يروى المجاهيل ؛ وقد روى هذا الحديث من وجه آخر عن عائشة وهو ضعيف اهـ كلامه . وروى البزار عن خالد بن معدان عن معاذ بن جبل يرفعه « العرب بعضهم أكفاء لبعض » اهـ . وابن معدان لم يسمع من معاذ ، وفيه سليمان بن أبى الجون قال ابن القطان : لم أجد له ذكرا . وبالجملة فللحديث أصل ، فإذا

والحرية ، والدين ، والمال ، والصنائع . أما النسب فلأنه يقع به التفاخر ، وكان سفيان الثورى يقول : لاتعتبر الكفاءة فيه لأن الناس سواسية بالحديث ؛ قال صلى الله عليه وسلم « الناس سواسية كأسنان المشط ، لا فضل لعربىّ على عجمىّ ، إنما الفضل بالتقوى » وقد تأيد ذلك بقوله تعالى ـ إن أكرمكم عند الله أتقاكم ـ

النكاح الفاسد لايفيد حكمه وهو الملك ، بخلاف البيع الفاسد فإنه يفيد حكمه كما صرح به ابن الهمام فى الفصل الثانى ، ثم لو صح ما ذكره لكان تزويج الأولياء من غير الأكفاء مشروعا منعقدا بعين ما ذكره ، وليس كذلك على مايجىء تفصيله ، ولعل الأولى أن يجاب بأنه لما وقع التعارض بين النصوص الدالة على جواز النكاح بدون الولى وبين النصوص الدالة على عدم جوازه صرنا إلى القياس على ماسبق تفصيله .

« قريش بعضهم أكفاء لبعض بطن ببطن ، والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة » ،

ثبت اعتبار الكفاءة بما قدمناه فيمكن ثبوت تفصيلها أيضا بالنظر إلى عرف الناس فيما يحقرونه ويعيرون به فيستأنس بالحديث الضعيف فى ذلك ، خصوصا وبعض طرقه كحديث بقية ليس من الضعف بذاك ، فقد كان شعبة معظما لبقية وناهيك باحتياط شعبة ، وأيضا تعدّد طرق الحديث الضعيف يرفعه إلى الحسن ، ثم القرشيان من جمعهما أب هو النضر بن كنانة فمن دونه ، ومن لم ينسب إلا إلى أب فوقه فهو عربى غير قرشى ، وإنما سميت أولاد النضر قريشا تشبيها لهم بدابة فى البحر تدعى قرشا (١) تأكل دوابه لأنهم من أعظم دواب البر عزة وفخرا ونسبا ، وعلى هذا قال اللهبى :

وقريش هى التى تسكن البحـ ر بها سميت قريش قريشا

وقيل لأن النضر كان يسمى قريشا وهو اختيار الشعبى سمى به لأنه كان يقرّش عن خلة الناس ليسدّ حاجاتهم بماله والتقريش التفتيش ، قال الحرث :

أيها الناطق المقرّش عنا عند عمرو فهل لنا إبقاء

وقيل لأنه خرج يوما على نادى قومه فقال بعضهم : انظر إلى النضر كأنه جمل قريش ، وقيل سميت بقريش ابن الحرث بن مخلد كان صاحب عيرهم فكانوا يقولون قدمت عير قريش وخرجت عير قريش ولهذا الرجل ابن يسمى بدرا وهو الذى حفر بئر بدر وسميت به ، وقيل لتجارتهم والقرش الكسب ، وقيل سميت به لأن فهر ابن مالك : قيل إن اسمه قريش ، وإنما فهر لقبه قاله ابن عباس لمعاوية حين سأله عن ذلك ، وعلى هذا ينبغى أن لا يكون قرشيا إلا من كان من أبناء فهر ، وقيل هو من الجمع ، والتقريش التجميع لأن قصيا جمع بنى النضر فى الحرم من بعد تفرقهم ، وقيل لما نزل قصىّ الحرم فعل أفعالا جميلة فقيل له القرش فهو أوّل من سمى به ، وعلى هذا ينبغى كون القرشيين من جمعهما أب هو قصى ، والظاهر الأول ، ويكون من التجمع لا التجميع الذى هو فعل قصىّ والتجمع كان من أبناء النضر وإن كان القائل قال :

أبوكم قصىّ كان يدعى مجمعا به جمع الله القبائل من فهر

لأنه ابن ابنه لأنه ابن مالك بن النضر غير أن القافية اتفقت كذلك ، وإلا فبعد نقل أن قصيا سمى مجمعا لجمعه أولاد النضر عرف أن القرشيين من جمعهما النضر . هذا وقريش عمارة تحتها بطون لؤى بن غالب وقصى وعدى ومنهم الفاروق رضى الله عنه . ومرّة ومن مرّة تيم ومنهم الصدّيق رضى الله عنه . ومخزوم ومنهم خالد بن الوليد المخزومى رضى الله عنه وهما فخذان . وهاشم فخذ والعباس فصيلة ، وأعم الطبقات الشعب مثل حمير وربيعة ومضر ثم القبيلة مثل كنانة ولذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « قى قريش بطن ببطن ، وفى العرب قبيلة بقبيلة » ونظم بعض الأدباء ترتيب الطبقات فقال :

قبيلـــة فوقها شعب وبعدهما عمارة ثم بطن تلوه فخـــذ
وليس يؤوى الفتى إلا فصيلته ولا ســـداد لسهم ماله قذذ

ولنا قوله صلى الله عليه وسلم (قريش بعضهم أكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ،

---

(١) (قوله تدعى قرشا) أى فسميت قريش بمصغره كما فى القاموس ، فدابة البحر هى القرش مكبرا ، والتصغير فى بيت اللهبى لإقامة الوزن كما هو ظاهر ، ولا عبرة بما وقع فى بعض نسخ الفتح من إصلاح اسم الدابة قريشا بالتصغير كتبه مصححه .

والموالى بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل » ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا . وعن محمد كذلك إلا أن يكون نسبا مشهورا كأهل بيت الخلافة ، كأنه قال تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة .

وذكر بعضهم العشيرة بعد الفصيلة فقال :

اقصد الشعب فهو أكثر حىّ ... عددا فى الجوأء ثم القبيله

ثم يتلوهما العمارة ثم ال ... بطن والفخذ بعدها والفصيله

ثم من بعدها العشيرة لكن ... هى فى جنب ماذكرنا قليله

(قوله والموالى) هم العتقاء ، والمراد هنا غير العرب وإن لم يمسهم رق لأنهم لما ضلوا أنسابهم كان التفاخر بينهم بالدين وما نذكره . فى الحديث دليل على أنه لايعتبر التفاضل فى أنساب قريش ، فهو حجة على الشافعى فى أن الهاشمى والمطلبى أكفاء دون غيرهم بالنسبة إليهم . قالوا : وزوّج النبى صلى الله عليه وسلم بنتيه من عثمان وهو أموى ، وزوّج أم كلثوم من عمر رضى الله عنه وهو عدوى . وفيه نظر ؛ إذ قد يقول يجوز كونه لإسقاط حقه فى الكفاءة نظر إلى مصلحة أخرى لكنه يرى أنها شرط فى النسب فيلزمه ماذكرنا ، وعلى أكثر أصحابه فى اعتبار الكفاءة فى النسب فى العجم ، وعلى محمد فى اعتباره الزيادة بالخلافة حتى لايكافئ أهل بيت الخلافة غيرهم من القرشيين . هذا إن قصد بذلك عدم المكافأة لا إن قصد به تسكين الفتنة . وفى الجامع لقاضيخان : قالوا الحسيب يكون كفأ للنسيب ، فالعالم العجمى كفء للجاهل العربى والعلوية ، لأن شرف العلم فوق شرف النسب والحسب ومكارم الأخلاق . وفى المحيط عن صدر الإسلام : الحسيب هو الذى له جاه وحشمة ومنصب . وفى الينابيع : والأصح أنه ليس كفأ للعلوية . وأصل ما ذكره المشايخ من ذلك ما روى عن أبى يوسف أن الذى أسلم بنفسه أو أعتق إذا أحرز من الفضائل مايقابل به نسب الآخر كان كفأ له ولا يعتبر بالبلاد . فى تتمة الفتاوى أن القروى

والموالى بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل) والمراد بالموالى العتقاء لما كانت غير عرب فى الأكثر غلبت على العجم حتى قالوا الموالى بعضها أكفاء لبعض والعرب بعضها أكفاء لبعض (ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا) يعنى من قوله عليه الصلاة والسلام « قريش بعضهم أكفاء لبعض » قابل البعض بالبعض من غير اعتبار الفضيلة بين قبائلهم ؛ ألا يرى أن النبى صلى الله عليه وسلم زوّج ابنته رقية من عثمان وكان من بنى عبد شمس ، وإنما قال فى الموالى رجل برجل إشارة إلى أن النسب لايعتبر فيهم قيل لأنهم ضيعوا أنسابهم فلا يكون التفاخر فيهم بالنسب بل بالدين كما أشار إليه سلمان حين افتخرت الصحابة بالأنساب وانتهى الأمر إليه : أبى الإسلام لا أب لى سواه . قوله (وعن محمد كذلك إلا أن يكون) يعنى قال محمد : لايعتبر التفاضل فيما بين قريش (إلا أن يكون) النسب (نسبا مشهورا) فى الحرمة (كأهل بيت الخلافة) فحينئذ يعتبر التفاضل ، حتى لو تزوّجت قرشية من أولاد الخلفاء قرشيا ليس من أولادهم كان للأولياء حق الاعتراض . قال المصنف (كأنه) يعنى محمدا (قال ذلك تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة) لا لانعدام أصل الكفاءة .

(قوله ألا يرى أن النبى صلى الله عليه وسلم) أقول : هذا التنوير لايدل على تمام المدعى ، فإن نسب عثمان رضى الله عنه من أشرف أنساب قريش وإن لم يبلغ رتبة بنى هاشم .

وبنو باهلة ليسوا بأكفاء لعامة العرب لأنهم معروفون بالخساسة (وأما الموالى فمن كان له أبوان فى الإسلام فصاعدا فهو من الأكفاء) يعنى لمن له آباء فيه . ومن أسلم بنفسه أوله أب واحد فى الإسلام لايكون كفأ لمن له أبوان فى الإسلام لأن تمام النسب بالأب والجد . وأبو يوسف ألحق الواحد بالمثنى كما هو مذهبه فى التعريف . ومن أسلم بنفسه لايكون كفأ لمن له أب واحد فى الإسلام لأن التفاخر فيما بين الموالى بالإسلام . والكفاءة فى الحرية نظيرها فى الإسلام فى جميع ماذكرنا لأن الرق أثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر فى حكم الكفاءة .

كفء للمدنى (قوله وبنو باهلة الخ) استثناء من قوله والعرب بعضهم أكفاء لبعض ، وباهلة فى الأصل اسم امرأة من همدان كانت تحت معن بن أعصر بن سعد بن قيس بن عيلان (١) فنسب ولده إليها وهم معروفون بالخساسة . قيل كانوا يأكلون بقية الطعام مرة ثانية ، وكانوا يأخذون عظام الميتة يطبخونها ويأخذون دسومتها فلذا

قيل : ولا ينفع الأصـل من هاشم إذا كانت النفس من باهله

وقيل : إذا قيـل للكلب ياباهلى عوى الكلب من لؤم هذا النسب

ولا يخلو من نظر ، فإن النص لم يفصل مع أنه صلى الله عليه وسلم كان أعلم بقبائل العرب وأخلاقهم وقد أطلق ، وليس كل باهلى كذلك بل فيهم الأجواد ، وكون فصيلة منهم أو بطن صعاليك فعلو ذلك لايسرى فى حق الكل (قوله وأما الموالى فمن كان له أبوان فى الإسلام فصاعدا فهو من الأكفاء : يعنى لمن له آباء فيه ، ومن أسلم بنفسه أوله أب واحد فى الإسلام لايكون كفأ لمن له أبوان فيه لأن تمام النسب بالأب والجد ، وألحق أبو يوسف الواحد بالمثنى كما هو مذهبه فى التعريف) أى فى الشهادات والدعاوى ، قيل كأن أبا يوسف إنما قال ذلك فى موضع

وقوله (وبنو باهلة) بنو باهلة قبيلة من قيس عيلان وهى فى الأصل اسم امرأة من همدان كانت تحت معن بن أعصر ابن سعد بن قيس عيلان فنسب ولدها إليها ، والعرب هم الذين استوطنوا المدن والقرى ، والواحد عربى ، والأعرابى واحد الأعراب وهم أهل البدو (وبنو باهلة ليسوا بأكفاء لعامة العرب لأنهم معروفون بالخساسة) لأنهم كانوا يأكلون بقية الطعام مرة ثانية ، ولأنهم كانوا يطبخون عظام الميتة ويأخذون الدسومات منها . قال قائلهم :

ولا ينفع الأصـل من هاشم إذا كانت النفس من باهله

وقوله (وأما الموالى) ظاهر . وقوله (كما هو مذهبه فى التعريف) أى فى تعريف الشخص فى الشهادة ، فإن الشهود إذا ذكروا اسم الغائب واسم أبيه يحصل به التعريف عند أبى يوسف . ولا حاجة إلى ذكر الجد ، وعندهما لابد من ذكر الجد . وقوله (ومن أسلم بنفسه لايكون كفأ لمن له أب واحد فى الإسلام) نقل فى النهاية عن الإمام المحبوبى أن هذا فى الموالى ، وأما فى العرب فمن لا أب له فى الإسلام من العرب وهو مسلم فهو كفء لمن له آباء فى الإسلام لأن العرب يتفاخرون بالنسب فيعدّون النسب كفأ لنسب آخر إذا كانا مسلمين ، وأما العجم فقد ضيعوا أنسابهم ، ومفاخرتهم بالإسلام ، فمن كان له أب فى الإسلام يفتخر على من لا أب له فيه ولا يعدّه كفأ له (والكفاءة فى الحرية نظيرها) أى نظير الكفاءة (فى الإسلام فى جميع ماذكرنا) من الوفاق والخلاف فإن العبد لايكون كفأ لمن هى حرة الأصل ، وكذلك المعتق لايكون كفأ لها والمعتق أبوه لايكون كفأ لمن لها أبوان فى الحرية (لأن الرق أثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر فى حكم الكفاءة) بسببه وروى عن أبى يوسف أن الذى أسلم بنفسه أوأعتق إذا أحرز من الفضائل مايقابل نسب الآخر كان كفأ له .

---

(١) (قوله ابن عيلان) بعين مهملة كما فى كتب اللغة لامعجمة كما وقع فى النسخ فليعلم كتبه مصححه .

قال (وتعتبر أيضا فى الدين) أى الديانة ، وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله هو الصحيح لأنه من أعلى المفاخر ، والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ماتعير بضعة نسبه .

لايعد كفر الجد عيبا بعد أن كان الأب مسلما ، وهما قالاه فى موضع يعد عيبا . والدليل على ذلك أنهم قالوا جميعا إن ذلك ليس عيبا فى حق العرب لأنهم لايعيرون بذلك وهذا حسن وبه ينتفى الخلاف ، ولا تعتبر الكفاءة بين أهل الذمة ، فلو زوّجت نفسها فقال وليها ليس هذا كفأ لم يفرّق بينهما بل هم أكفاء بعضهم لبعض . قال فى الأصل : إلا أن يكون نسبا مشهورا كبنت ملك من ملوكهم خدعها حائك أو سائس فإنه يفرّق بينهما لا لعدم الكفاءة بل لتسكين الفتنة ، والقاضى مأمور بتسكينها بينهم كما بين المسلمين (قوله والكفاءة فى الحرية نظيرها فى الإسلام) يعنى أن من كان له أبوان حرّان كافأ من كان له آباء أحرار ، ومن له أب واحد حرّ لا يكافئ من له أبوان حرّان ، ومن عتق بنفسه لايكافئ من له أب حر . وفى التجنيس : لوكان أبوها معتقا وأمها حرّة الأصل لايكافئها المعتق لأن فيه أثر الرق وهو الولاء ، والمرأة لما كانت أمها حرّة الأصل كانت هى أيضا حرة الأصل . وفى المجتبى : معتقة الشريف لايكافئها معتق الوضيع ، واعلم أنه لايبعد كون من أسلم بنفسه كفأ لمن عتق بنفسه (قوله وتعتبر أيضا فى الدين : أى الديانة) فسر به ليعلم أن المراد به التقوى لا اتفاق الدين لأن تفاصيله تعرف فى نكاح أهل الشرك ولاكونه مكافئا بإسلام نفسه أو أبيه أو جدّه لأنه مر قبلهما (قوله هو الصحيح) أى أن الصحيح اقتران قولى أبى حنيفة وأبى يوسف فإنه روى عن أبى حنيفة أنه مع محمد ، ورجحه السرخسى وقال : الصحيح من مذهب أبى حنيفة أن الكفاءة من حيث الصلاح غير معتبرة ، وقيل هو احتراز عن رواية أخرى عن أبى يوسف أنه لم يعتبر الكفاءة فى الدين وقال : إذا كان الفاسق ذا مروءة كأعوان السلطان والمباشرين المكسة ، وكذا عنه إن كان يشرب المسكر سرا ولا يخرج وهو سكران يكون كفأ وإلا لا ، وحينئذ الأولى كون هو الصحيح احترازا عما روى عن كل منهما أنه لايعتبر ، والمغنى هو الصحيح من قول كل منهما ، فلو تزوّجت امرأة من بنات الصالحين فاسقا كان للأولياء فسخه وإن كان من مباشرى السلطان

قال (وتعتبر أيضا فى الدين) أى وتعتبر أيضا الكفاءة فى الدين (أى فى الديانة) وهى التقوى والصلاح والحسب وهو مكارم الأخلاق ، وإنما فسر الدين بالديانة لأن مطلق الدين هو الإسلام ، ولا كلام فيه لأن إسلام الزوج شرط جواز نكاح المسلمة ، وإنما الكلام فى حق الاعتراض للأولياء بعد انعقاد العقد وذلك لايكون إلا فى الدين بمعنى الديانة (وهذا) أى اعتبار الكفاءة فى الديانة (قول أبى حنيفة وأبى يوسف لأنه) أى الدين بمعنى الديانة (من أعلى المفاخر والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ماتعير بضعة النسب) فلما كان النسب معتبرا فيها كانت الديانة أولى بالاعتبار . وقوله (وأبو يوسف معه هو الصحيح) أى قران قول أبى يوسف مع أبى حنيفة حتى تكون الكفاءة فى الدين قولهما جميعا هو الصحيح ، واحترز بذلك عن رواية أخرى عن أبى يوسف أنه لم يعتبر الكفاءة فى الدين حيث قال إذا كان الفاسق ذا مروءة يكون كفأ ، وقال فى شرح الجامع الصغير أراد به أعوان السلطان إذا كانوا بحيث يكون لهم مهابة عند الناس

(قوله وقوله وأبو يوسف معه هو الصحيح) أقول : لفظة وأبو يوسف معه ليست من قول المصنف ، فقوله وقوله وأبو يوسف معه فيه ما فيه (قوله هو الصحيح واحترز بذلك عن رواية أخرى الخ) أقول : قال ابن الهمام : هو احتراز عما روى عن أبى حنيفة أنه مع محمد ، ورجحه السرخسى وقال : الصحيح من مذهب أبى حنيفة أن الكفاءة من حيث الصلاح غير معتبرة اهـ .

وقال محمد: لاتعتبر لأنه من أمور الآخرة فلا تبتنى عليه أحكام الدنيا إلا إذا كان يصفع ويسخر منه أو يخرج إلى الأسواق سكران ويلعب به الصبيان لأنه مستخف به. قال (و) تعتبر (فى المال وهو أن يكون مالكا للمهر والنفقة) وهذا هو المعتبر فى ظاهر الرواية، حتى أن من لايملكهما أو لايملك أحدهما لايكون كفأ لأن المهر بدل البضع فلا بد من إيفائه وبالنفقة قوام الازدواج ودوامه. والمراد بالمهر قدر ماتعارفوا تعجيله لأن ما وراءه مؤجل عرفا. وعن أبى يوسف أنه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر لأنه تجرى المساهلة فى المهر ويعد المرء قادرا عليه بيسار أبيه.

(قوله وقال محمد: لاتعتبر إلا إذا كان يسخر منه ويخرج سكران لأنه من أحكام الآخرة فلا تبنى عليه أحكام الدنيا) وفى كون هذا قاعدة ممهدة نظر إذ لم يظهر وجه الملازمة. والحق أنه قد، وقد، والمعتبر فى كل موضع مقتضى الدليل فيه من البناء على أحكام الآخرة وعدمه، على أنا لم نبن إلا على أمر دنيوى وهو ماذكره من أن المرأة تعير بفسق الزوج فوق ماتعير بضعف نسبه: يعنى يعيرها أشكالها إن كانت من بنات الصالحين. وفى المحيط: الفتوى على قول محمد، وهو موافق لاختيار السرخسى الرواية الموافقة لقول محمد عن أبى حنيفة. ولو تزوّجها وهو كفء فى الديانة ثم صار داعرا لايفسخ النكاح لأن اعتبار الكفاءة وقت النكاح (قوله وهو) أى اعتبار الكفاءة فى المال هو (أن يكون مالكا للمهر والنفقة) وتقييده بظاهر الرواية احتراز عما سنذكره فى الكفاءة فى الغنى بما نسبه إلى قول أبى حنيفة ومحمد فإن ذلك ليس هو ظاهر الرواية كما سنذكره، وبين أن المراد من المهر ملك ماتعارفوا تعجيله وإن كان كله حالا. وفى المجتبى: قلت فى عرف أهل خوارزم كله مؤجل فلا تعتبر القدرة عليه، ولم يبين المراد بملك النفقة. واختلف فيه: قيل المعتبر ملك نفقة شهر، وقيل نفقة ستة أشهر، وفى جامع شمس الأئمة سنة، وفى المجتبى: الصحيح أنه إذا كان قادرا على النفقة عن طريق الكسب كان كفأ، ومعناه منقول عن أبى يوسف قال: إذا كان قادرا على إيفاء مايعجل لها باليد ويكتسب ماينفق لها يوما بيوم كان كفأ لها. وفى غريب الرواية للسيد أبى شجاع جعل الأصح ملك نفقة شهر. وفى الذخيرة: إن كان يجد نفقتها ولا يجد نفقة نفسه فهو كفء وإلا لايكون كفأ وإن كانت فقيرة اهـ. وفيه نظر، ثم هذا إذا كانت تطيق النكاح، فإن كانت صغيرة لاتطيقه فهو كفء وإن لم يقدر على النفقة لأنه لانفقة لها (قوله ويعد المرء قادرا بيسار أبيه) وأمه وجدّه

(وقال محمد لاتعتبر) الكفاءة فى الديانة (لأنه من أمور الآخرة، فلا تبتنى عليه أحكام الدنيا إلا إذا كان يصفع) أى يضرب على قفاه بعرض الكف (ويسخر منه أو يخرج إلى الأسواق سكران فيلعب به الصبيان) فإنه لا يكون حينئذ كفأ لامرأة صالحة من أهل البيوتات قيل وعليه الفتوى (لأنه مستخف به) أى بذلك الصفع (وتعتبر الكفاءة فى المال وهو أن يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر فى ظاهر الرواية) عن علمائنا (حتى إن من لايملكهما أو لايملك أحدهما لايكون كفأ) أما المهر فلأنه بدل البضع فلا بد من إيفائه، وأما النفقة فلأن قوام الازدواج ودوامه بها (والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لأن ماوراءه مؤجل عرفا) ليس بمطالب به فلا يسقط الكفاءة. وقوله (وعن أبى يوسف) هو غير ظاهر الرواية. روى الحسن بن أبى مالك عن أبى يوسف أنه قال: الكفء هو الذى يقدر على المهر والنفقة. قلت: فإن كان يملك المهر دون النفقة، قال: ليس بكفء. قلت: فإن كان يملك النفقة دون المهر، قال: يكون كفأ. قال الصدر الشهيد فى تعليله: لأن المهر يجرى فيه التسهيل والتأجيل ويعد قادرا على المهر بيسار أبيه وأمه وجده وجدته، ولا يعد قادرا على النفقة بيسار الأب

(قال المنصف فلا تبتنى عليه أحكام الدنيا) أقول: قال ابن الهمام فى التفريع: تأمل على أنا لم نبن إلا على أمر دنيوى، وهو ماذكره من

فأما الكفاءة فى الغنى فمعتبرة فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى إن الفائقة فى اليسار لايكافئها القادر على المهر والنفقة لأن الناس يتفاخرون بالغنى ويتعيرون بالفقر . وقال أبو يوسف : لايعتبر لأنه لاثبات له إذ المال غاد ورائح (و) تعتبر (فى الصنائع) وهذا عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله . وعن أبى حنيفة فى ذلك روايتان . وعن أبى يوسف أنه لا تعتبر إلا أن تفحش كالحجام والحائك والدباغ . وجه الاعتبار أن الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها . وجه القول الآخر أن الحرفة ليست بلازمة ، ويمكن التحول عن الخسيسة إلى

وجدته ولا تعتبر القدرة على النفقة بيسار الآب (قوله فأما الكفاءة فى الغنى) يعنى بعد ملكه للمهر والنفقة هل تعتبر مكافأته إياها فى غناها ، قال : معتبرة فى قول أبى حنيفة ومحمد ، لكن صرح السرخسى فى مبسوطه وصاحب الذخيرة بأن الأصح أن ذلك لايعتبر لأن كثرة المال مذمومة . وفى شرح الكنز : لامعتبر بالمساواة فى الغنى هو الصحيح . وعن أبى حنيفة ومحمد فى غير رواية الأصول أن من ملكهما لايكون كفأ للفائقة فى الغنى وليس بشىء ، فنص على أن ما فى الهداية غير رواية الأصول ، وكذا فى الدراية قال : وهذا القول منهما فى غير رواية الأصول . وفى كتاب النكاح : لاتشترط القدرة إلا على المهر والنفقة ، وفى بعض الشروح أنه خلاف ظاهر الرواية ، ولهذا لم يذكره فى المبسوط عن الأوائل ، قال : وبعض المتأخرين اعتبروا الكفاءة فى المال بعد ماصرح عن أبى يوسف بنفيه (قوله وعن أبى حنيفة فى ذلك روايتان) أظهرهما لاتعتبر فى الصنائع حتى يكون البيطار كفأ للعطار وهو رواية عن محمد ، وعنه فى أخرى : الموالى بعضهم أكفاء لبعض إلا الحائك والحجام ، وكذا الدباغ وهو الرواية التى ذكرها فى الكتاب عن أبى يوسف ، وأظهر الروايتين عن محمد فصار عن كل واحد منهما روايتان : الظاهر عن أبى حنيفة عدم الاعتبار ، والظاهر عن محمد كذلك إلا أن تفحش وهو الرواية عن أبى يوسف . وفيما قدمناه من حديث بقية حيث قال فيه إلا حائكا أو حجاما ، مايفيد اعتبارها فى الصنائع ، لكن على الوجه الذى ذكره فى شرح الطحاوى وهو أن الصناعات المتقاربة أكفاء كالبزار والعطار ، بخلاف المتباعدة ، وعد الخياط مع الدباغ والحجام والكناس قال : فهؤلاء بعضهم أكفاء لبعض ولا يكافئون سائر الحرف ولم يذكر خلافا فكان ظاهرا فى أن الظاهر من قول أبى حنيفة اعتبار الكفاءة ، وإليه ذهب بعض الشارحين قال : وكذا قال الشيخ أبو نصر بعد أن أثبت اعتبارها ، وعن أبى حنيفة لاتعتبر ونحوه فى النافع . وإنما قلنا لكن على الوجه الذى ذكره فى شرح الطحاوى لأن حقيقة الكفاءة فى الصنائع لاتتحقق إلا بكونهما من صناعة واحدة . وفى المحيط وغيره : وههنا خساسة هى أخس من الكل وهو الذى يخدم الظلمة يدعى شاكرباه تابعا وإن كان ذا مروءة ومال . قيل هذا اختلاف عصر وزمان فى زمن أبى حنيفة لاتعد الدناءة فى الحرفة منقصة

لأن الآباء فى العادات يتحملون المهور عن الأولاد دون النفقة الدائرة . وقوله (فأما الكفاءة فى الغنى فمعتبرة) ظاهر . وقوله (وعن أبى حنيفة فى ذلك روايتان) فى رواية لاتعتبر وهو الظاهر حتى يكون البيطار كفأ للعطار . وفى رواية قال الموالى بعضهم أكفاء لبعض إلا الحائك والحجام (وعن أبى يوسف أنه لاتعتبر إلا أن تفحش كالحجام والحائك والدباغ) ووجه الروايتين ماذكره فى الكتاب وهو واضح .

أن المرأة تعير بفسق الزوج فوق ماتعير بضعة نسبه اهـ . ونحن نقول : إن فساد التفريع لايحتاج إلى تأمل ، بل الواقع ابتناء أمر الدنيا على أمر الآخرة . ألا يرى أن قبول الشهادة من أمور الدنيا ويبتنى على الديانة .

النفيسة منها ، قال (وإذا تزوجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها فللأولياء الاعتراض عليها عند أبى حنيفة حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها) وقالا : ليس لهم ذلك . وهذا الوضع إنما يصح على قول محمد على اعتبار قوله المرجوع إليه فى النكاح بغير الولى ، وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه . لهما أن ما زاد على العشرة حقها ومن أسقط حقه لا يعترض عليه كما بعد التسمية . ولأبى حنيفة أن الأولياء يفتخرون بغلاء المهر ويتعيرون بنقصانه فأشبه الكفاءة ،

فلا تعتبر ، وفى زمنهما تعد فتعتبر . والحق اعتبار ذلك سواء كان هو المبنى أولا ، فإن الموجب هو استنقاص أهل العرف فيدور معه ، وعلى هذا ينبغى أن يكون الحائك كفأ للعطار بالإسكندرية لما هناك من حسن اعتبارها وعدم عدّها نقصا البتة ، اللهمّ إلا أن يقترن به خساسة غيرها (قوله وإذا تزوّجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها فللأولياء الاعتراض عند أبى حنيفة حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها) فالثابت إلزام أحد الأمرين وهو فرع قيام مكنة كل منهما ؛ فعن هذا ما فى فتاوى النسفى : لو لم يعلموا بذلك حتى ماتت ليس لهم أن يطالبوه بتكميل مهر المثل لأن الثابت لهم ليس إلا أن يفسخ أو يكمل ، فإذا امتنع هنا عن تكميل المهر لا يمكن الفسخ . واعلم أن المدار على التسمية حتى لو سمت مهر مثلها ولم تأخذه بل أبرأت لا اعتراض عليها . ثم قال المصنف (وهذا الوضع) أى قولنا إذا تزوّجت ونقصت عن مهر مثلها فللأولياء الاعتراض ، وقال محمد مع أبى يوسف : ليس لهم ذلك . ومعناه يجب تنقية العقد فرع صحة عقد المرأة بنفسها فإنما يصح من محمد على اعتبار رجوعه إلى ذلك لما أنه تقدم عنه أنه لا يصح مباشرتها بنفسها بل هو موقوف على إجازة الولى ، قال : وهذه شهادة صادقة على رجوعه .

قال (وإذا تزوّجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها) إذا تزوّجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها (فللأولياء الاعتراض عليها عند أبى حنيفة حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها وقالا ليس لهم ذلك) قال المصنف (وهذا الوضع) أى وضع القدورى هذه المسئلة على هذا الوجه (إنما يصح على قول محمد على اعتبار قوله المرجوع إليه فى النكاح بغير الولى وقد صح ذلك ، وهذه شهادة صادقة عليه) فإنه لو لم يصح نكاحها بغير الولى لم يقل ليس لهم الاعتراض ، وأقول : هذا إنما يستقيم أن لو تعين هذا الوضع فى النكاح بغير ولىّ ، وليس كذلك فإنه لو أذن لها الولى بالنكاح ولم يسم مهرا فعقدت على هذا الوجه صح وضع المسئلة على قول محمد الأول ، وكذلك لو أكره السلطان امرأة ووليها على تزويجها بمهر قليل ففعل ثم زال الإكراه ورضيت المرأة دون الولى فليس له ذلك فى قول محمد الأول فلم يكن فى هذا الوضع دلالة على رجوع محمد إلى قولهما ، والوجه من الجانبين على ما ذكره فى الكتاب واضح وقوله (فأشبه الكفاءة) يعنى فى تعير الأولياء بكل واحد منهما . واعترض بأن الشرع قد ندبنا إلى رخص الصداق دون ترك الكفاءة ، وكذلك النبى صلى الله عليه وسلم لم يضع بناته فى غير الأكفاء وزوّجهن بأدنى الصداق ، فإنه ما زاد على أربع أواق ونش : أى نصف أوقية ، ومهورهن كانت فوق مهور سائر النساء لأن الزيادة بقدر الشرف ، ولم يزل الشرف كان بقريش فلا مشابهة بينهما . والجواب بأن وجه الشبه ما ذكرناه من تعير الأولياء ، وهو وصف مؤثر فى الباب ، وأما أن لا يكون بين المشبه والمشبه به فرق بوجه من الوجوه فلم يشترطه أحد من

(قوله وزوجهن بأدنى الصداق الخ) أقول : ولك أن تقول : إن بتبدل الأزمان والأوقات تتغير الرسوم والعادات ، فلعل ذلك المقدار من المال كان بعد مهر المثل فى تلك الأحوال فتأمل ؛ ثم كون بناته صلى الله عليه وسلم حين زوجهن صغائر غير ثابت (قوله وهو وصف مؤثر فى الباب الخ) أقول : إنما يظهر تأثيره لو لم يكن خلافه منصوصا عليه وإلا يكون تعليلا فى مقابلة النص فكان يجب التعرض له فى الجواب .

بخلاف الإبراء بعد التسمية لأنه لايتعير به (وإذا زوّج الأب بنته الصغيرة ونقص من مهرها أو ابنه الصغير وزاد فى مهر امرأته جاز ذلك عليهما ، ولايجوز ذلك لغير الأب والجد ، وهذا عند أبى حنيفة ، وقالا : لايجوز الحط والزيادة إلا بما يتغابن الناس فيه) ومعنى هذا الكلام أنه لايجوز العقد عندهما لأن الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته يبطل العقد ، وهذا لأن الحط عن مهر المثل ليس من النظر فى شىء كما فى البيع ،

وأورد عليه أنه إنما يتم لو تعين هذا الوضع فى النكاح بغير ولى وليس كذلك ، فإنه لو أذن لها الولى بالتزويج ولم يسم مهرا فعقدت على هذا الوجه صح وضع المسئلة على قول محمد ، وكذا لو أكره السلطان امرأة ووليها على تزويجها بمهر قليل ففعل ذلك ثم زال الإكراه ورضيت المرأة ولم يرض الولى ليس له ذلك فى قول محمد الأول فلم يكن هذا الوضع دلالة على رجوع محمد إلى قولهما اه . ولا شك أن قولنا إذا تزوجت ونقصت لاينقص عند محمد عام فى الصور على ماهو حال أسماء الشرط ، فباعتبار عمومه يكون شهادة صادقة وعليه مشى المصنف ، وباعتبار حمله على بعض الصور وهو فى نفسه أعم منها لايكون شهادة وعليه مشى المعترض والأصل خلافه إلا أن يوجب الحمل على بعض الصور موجب وتمام الاعتراض موقوف عليه . فتوجيه الاعتراض أن يقال يجب حمله على كذا للصور المذكورة فلا يكون فيه شهادة على ذلك وإنما يجب هذا الحمل لأن المذكور هنا وهو المذكور فى الجامع الصغير ، ورجوعه مروى أنه قبل موته بسبعة أيام وهو الذى يشير إليه قول المصنف وقد صح ذلك ، ومعلوم أن تصنيفه للجامع قبل ذلك فالحق أنه رجع ولا شهادة فى هذه (قوله وإذا زوج الأب ابنته الصغيرة ونقص من مهرها أو ابنه الصغير وزاد فى مهر امرأته جاز ذلك عليهما) ولزم عند أبى حنيفة سواء كان بغبن فاحش أو قليل وثبت المال كله فى ذمة الصغيرة فى الثانية لا فى ذمة الأب سواء كان الأب موسرا أو معسرا فيقضيه من مال الصغير (وقالا : لاتجوز الزيادة والنقص إلا بما يتغابن فيه الناس) وعلى هذا الخلاف تزويج الأب ابنته من غير كفء ، ويجب أن يكون معنى هذا عدم الكفاءة فى غير الديانة . أما فيها فلا ، لما قالوا : لوكان الأب معروفا بسوء الاختيار مجانة وفسقا كان العقد باطلا على قول أبى حنيفة على الصحيح : ومن زوج بنته الصغيرة القابلة للتخلق بالخير والشر ممن يعلم أنه شرير فاسق ظهر سوء اختياره ، ولأن ترك النظر هنا مقطوع به فلا يعارضه ظهور إرادة مصلحة تفوق ذلك نظرا إلى شفقة الأبوة . وما فى النوازل زوج ابنته الصغيرة ممن ينكر أنه يشرب المسكر فإذا هو مدمن له وقالت لا أرضى بالنكاح : يعنى بعد ماكبرت إن لم يكن يعرفه الأب بشربه وكان غلبة أهل بيته صالحين فالنكاح باطل لأنه إنما زوج على ظن أنه كفء يفيد خلافه إذ يقتضى أنه لو عرفه الأب أنه يشربه فالنكاح نافذ ، وهو ينافى ماقرر من أن الأب إذا عرف بسوء الاختيار لاينفذ تزويجه من غير الكفء . والجواب

ذوى التحصيل . وقوله (بخلاف الإبراء بعد التسمية) جواب قولهما كما بعد التسمية ، وذلك لأن الأولياء لايشتغلون باستيفاء المهور عادة وربما يعدونه ضربا من اللؤم فى العادات . وقوله (وإذا زوج الأب ابنته الصغيرة) ظاهر . وقوله (ومعنى هذا الكلام أنه لايجوز العقد) بيانه أن هذا الكلام وهو قوله . وقالا لايجوز عندهما الحط والزيادة إلا بما يتغابن الناس فيه بظاهره يدل على أن العقد صحيح والزيادة والنقصان لايجوز لأن المانع من قبل التسمية وفسادها لايمنع صحة النكاح ، كما لوتركها أصلا أوزوجها على خمر أو خنزير وهو قول بعض مشايخنا . وقال آخرون : معناه أن نفس النكاح لايجوز ، وهو مختار شمس الأئمة السرخسى وفخر الإسلام والمصنف (لأن الولاية مقيدة بشرط النظر) ولا نظر فيما إذا حط عن مهرها أو زاد عن مهره فيكون العقد باطلا ، كما إذا باع

ولهذا لايملك ذلك غيرهما . ولأبى حنيفة أن الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة ، وفى النكاح مقاصد تربو على المهر . أما المالية فهى المقصود فى التصرف المالى والدليل عدمناه فى حق غيرهما (ومن زوّج ابنته وهى صغيرة عبدا أو زوّج ابنه وهو صغير أمة فهو جائز) قال رضى الله عنه (وهذا عند أبى حنيفة أيضا) لأن الإعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلا يجوز .

أنه لاتلازم بين ثبوت سوء الاختيار وتيقنه وبين كونه معروفا به فلا يلزم بطلانه عند تحقق سوء الاختيار مع أنه لم يتحقق للناس كون الأب العاقد معروفا بمثله (قوله ومعنى هذا الكلام أنه لايجوز العقد عندهما) أى قولهما لايجوز هل معناه نفى صحة العقد أو نفى صحة التسمية والعقد صحيح فيزاد إلى مهر المثل ، قيل بالأول وقيل بالثانى ، واختار المصنف الأول لأن الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته ظاهرا بإيجاب المال عوض نفسها ناقصا أو إبطاله بدون عوض لاتثبت الولاية فلا يصح العقد كالمأمور بالعقد بشرط لايصح عقده إذا لم يجر على شرطه ولذا لايملك البيع والشراء بغبن فاحش فى مالهما ، فإيجاب المال عوض نفسها ناقصا أولى بعدم النفاذ ، وإذا كان بحيث لو زوج أمتها بغبن فاحش لايجوز فتزويجها كذلك أولى بعدم الجواز ، ولأبى حنيفة أن النظر وعدمه فى هذا العقد ليسا من جهة كثرة المال وقلته بل باعتبار أمر باطن ، فالضرر كل الضرر بسوء العشرة وإدخال كل منهما المكروه على الآخر ، والنظر كل النظر فى ضده فى هذا العقد ، وأمر المال سهل غير مقصود فيه بل المقصود فيه ماقلنا ، فإذا كان باطنا يعتبر دليله فيعلق الحكم عليه ، ودليل النظر قائم هنا وهو قرب القرابة الداعية إلى وفور الشفقة مع كمال الرأى ظاهرا ، بخلاف غير الأب والجد من العصبات والأم لقصور الشفقة فى العصبات ونقصان الرأى فى الأم ، وهذا معنى قوله والدليل عدمناه فى حق غيرهما فلا يصح عقدهم لذلك ، وعلى هذا انبنى الفرع المعروف : لو زوّج العم الصغيرة حرة الجد من معتق الجد فكبرت وأجازت لايصح لأنه لم يكن عقدا موقوفا

الأب بأقل من القيمة بغبن فاحش أو اشترى بأكثر منها بذلك (ولهذا لايملك ذلك غيرهما ، ولأبى حنيفة أن الحكم يدار على دليل النظر) تقريره : النظر والضرر فى هذا العقد باطنان ، لكن للنظر دليل يدل عليه (وهو قرب القرابة) الداعية إليه وهى موجودة ههنا فيترتب الحكم وهو جواز النكاح عليه ، وإنما قلنا بأن النظر والضرر فى هذا العقد باطنان لأن المقصود منه ليس حصول المال البتة بل فيه مقاصد تربو على المهر من الكمالات المطلوبة فى الإختان والعرائس فيجوز أن يكون نظر الأب فى الحط والزيادة إلى ذلك ويجوز أن لايكون ، فكان النظر والضرر باطنين فأدير الحكم على الدليل ، بخلاف البيع فإن المالية هى المقصودة فى التصرفات المالية فلم يكن فى مقابلتها شىء يجبر به خلل الغبن الفاحش حتى يقع التردد بين النظر والضرر ، وأما فى غير الأب فالدليل الدال على النظر معدوم . قوله (ومن زوّج ابنته) نظير تلك المسئلة فى التزويج بضرر ظاهر ، وكلامه ظاهر .

(قال المصنف : وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلا يجوز) أقول : إن قيل هذا مخالف لما سبق فى أول الفصل من أن الكفاءة من جانبها غير معتبرة . قلنا : فرق ما بين كفاءة وكفاءة ، فلعلهما يعتبران الكفاءة بالحرية من جانبها دون غيرها لأن رقية الزوجة تستتبع رقية أولادها ، ألا يرى أن أبا حنيفة فرق بين الكفاءة فى الديانة وبينها فى غيرها على ماذكره ابن الهمام فى شرحه . هذا ولك أن تقول : ماسبق فى أول الفصل هو مذهب أبى حنيفة ، ومذهبهما أنها معتبرة من جانبها أيضا ، وسينقل الشارح عن الكاشانى فى آخر الفصل الثانى ذلك ، وفيه تأمل ، والله أعلم .

(فصل فى الوكالة بالنكاح وغيرها)

(ويجوز لابن العم أن يزوّج بنت عمه من نفسه) وقال زفر : لايجوز (وإن أذنت المرأة للرجل أن يزوّجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز) وقال زفر والشافعى : لايجوز .

إذ لامجيز له فإن العم ونحوه لايصح منهم التزويج بغير الكفء ، وكذا لوكان الأب معروفا بسوء الاختيار أو المجانة والفسق كان العقد باطلا على قول أبى حنيفة على ما ذكرناه هو الصحيح . أما المال فهو المقصود فى التصرف المالى لا فى أمر آخر باطن ليحال النظر عليه عند ظهور التقصير فى المال ، فلذا لايجوز تزويجه أمتهما بغبن فاحش لأنه إضاعة مالهما لأن المهر ملكهما ولا مقصود آخر باطن يصرف النظر إليه فلا يعوّل عليه ، ويدل على ذلك تزويج النبيّ صلى الله عليه وسلم فاطمة من علىّ بأربعمائة درهم ، ولا شك فى أنه دون مهر مثلها لأنها أشرف النساء فيلزم أن الامهر أكثر منه بل إلا وهو أقل منه أو أنها دون مهر مثلها والأول منتف فلزم الثانى ، وهذا موقوف على ثبوت أن تزويجه صلى الله عليه وسلم إياها كان قبل بلوغها وإلا لايفيد . وقد يقال : إذا كان المدار عنده دليل النظر وهو القرابة الخاصة : أعنى قرابة الأب والجد فلا يعتبر كونه معروفا بسوء الاختيار لأن المظنة يجوز التعليل بها مع العلم بانتفاء حكمتها وهذا كذلك . والجواب أن المظنة مايغلب معها الحكمة إن لم تلزم فالمعروف بذلك حينئذ ليس مظنة . والحاصل إما تخصيص العلة أو القوم بأن العلة مجموع قرابة الأب غير المعروف بسوء الاختيار على الاختلاف فى جواز تخصيص العلة وعدمه . ومسئلة تزويج الأب بنته من غير كفء عبدا أو غيره قدمناها ، والوجه من الجانبين واحد ، والله أعلم .

(فصل فى الوكالة بالنكاح وغيرها)

من أحكام الولى والفضولى ويبقى الرسول نذكره بعد إن شاء الله تعالى . ولما كانت الوكالة نوعا من الولاية إذ ينفذ تصرفه على الموكل غير أنها تستفاد من الولى على نفسه أو غيره كانت ثانية للولاية الأصلية فأوردها ثانية فى التعليم لباب الأولياء ، ثم ذكر غيرها من الفضولى لتأخره عنهما لأن النفاذ بالإجازة إنما ينسب إلى الولى المجيز فنزل عقد الفضولى كالشرط له حيث لم يستعقب بنفسه حكمه كما هو الأصل فى السبب ، غير أن ابتداءه بالولى إن نظر فيه إلى أنه أقوى ناسب الابتداء به ، وإن نظر إلى أن عقد الفصل للوكيل أوّلا وبالذات كان المناسب الابتداء بمسئلة الوكيل (قوله ويجوز لابن العم أن يزوّج بنت عمه من نفسه) الصغيرة بغير إذنها والبالغة بإذنها ، فيقول اشهدوا أنى تزوّجت بنت عمى فلانة بنت فلان بن فلان أو زوّجتها من نفسى (وقال زفر : لايجوز . وإذا أذنت المرأة لرجل أن يزوّجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز ، وقال زفر والشافعى : لايجوز)

(فصل فى الوكالة بالنكاح وغيرها)

لما كانت الوكالة نوعا من الولاية من حيث أن تصرف الوكيل ينفذ على الموكل كتصرف الولى على المولى عليه ناسب أن يذكرها فى باب الأولياء فى فصل على حدة . وقوله (وغيرها) أى غير الوكالة كنكاح الفضولى . قوله (ويجوز لابن العم) صورته وتحرير المذاهب فيه ظاهر ، وقد جمع بين دليل زفر والشافعى لاشتراكهما فى معنى

(فصل فى الوكالة بالنكاح وغيرها)

لهما أن الواحد لايتصوّر أن يكون مملكا ومتملكا كما فى البيع ، إلا أن الشافعى يقول فى الولى ضرورة لأنه لايتولاه سواه ، ولا ضرورة فى حق الوكيل .

وصورتها أن يقول اشهدوا أن فلانة بنت فلان بن فلان وكلتنى أن أزوّجها من نفسى وقد فعلت ذلك ، فلو لم ينسبها إلى الجد ولم يعرفها الشهود ففى التفاريق وسعه فيما بينه وبين الله تعالى أن يطأها . وفى النوازل قال : لايجوز النكاح لأن الغائب إنما يعرف بالتسمية ، ألا يرى أنه لوقال تزوّجت امرأة وكلتنى لايجوز ، وعلى هذا الخلاف كل وكيل لامرأة بتزويج نفسها . وذكر الخصاف : رجل خطب امرأة فأجابته وكرهت أن يعلم أولياؤها فجعلت أمرها فى تزويجها إلى الخاطب واتفقا على المهر فكره الزوج تسميتها عند الشهود قال : يقول إنى خطبت امرأة بصداق كذا ورضيت به وجعلت أمرها إلىّ بأن أتزوّجها فأشهدكم أنى تزوّجت المرأة التى أمرها إلىّ على صداق كذا فينعقد النكاح . قال شمس الأئمة الحلوانى : الخصاف كبير فى العلم وهو ممن يقتدى به . وقال فى التجنيس : وذكر فى المنتقى أن مثل هذا التعريف يكفى ، ومثل هذا الخلاف فيما لوكانت حاضرة متنقبة ولا يعرفها الشهود ؛ فعن الحسن وبشر يجوز ، وقيل لايجوز مالم ترفع نقابها ويراها الشهود ، والأول أقيس فيما يظهر بعد سماع الشطرين منهما لأن الشرط ليس شهادة تعتبر للأداء ليشترط العلم على التحقيق بذات المرأة على ماتقدم ، ثم رأيت فى التجنيس أنه هو المختار لأن الحاضر يعرف بالإشارة والاحتياط كشف نقابها وتسميتها ونسبتها ، وهذا كله إذا لم يعرفها الشهود ، أما إذا كانوا يعرفونها وهى غائبة فذكر الزوج اسمها لاغير جاز النكاح إذا عرف الشهود أنه أراد المرأة التى يعرفونها لأن المقصود من التسمية التعريف وقد حصل اه . وبقولنا قال مالك وأحمد وسفيان الثورى وأبو ثور والظاهرية . وقوله من نفسه احتراز عما لو وكلته أن يزوّجها مطلقا فإنه لو زوّجها من نفسه لايجوز ، وكذا لو وكلت أجنبيا أو وكل امرأة بأن تزوجه فزوّجته من نفسها لايصح أيضا (لزفر والشافعى أن الواحد لايتصور) على البناء للفاعل (أن يكون مملكا ومتملكا كما فى البيع) لايجوز كونه وكيلا من الجانبين لتضادّ حكمى التمليك والتملك ، ويوافقه الأثر ، وهو ماروى عنه صلى الله عليه وسلم « كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح : خاطب ، وولىّ ، وشاهدا عدل » (إلا أن الشافعى يقول) على أحد الوجهين (فى الولى ضرورة إذ لايتولاه غيره) فلو منع من تولى شطريه امتنع أصلا لأنه لو أمر غيره بتزويجها منه كان قائما مقامه وانتقلت عبارته إليه كتكلمه هو بنفسه فلا فرق فى التحقيق . وهذا الاستثناء جاء على اعتقاد المصنف أن الشافعى يقول فى المسئلة الأولى بالجواز كقولنا ولذا اقتصر فى نقل الخلاف فيها على خلاف زفر ، لكن الواقع ثبوت خلاف الشافعى فيها أيضا لأنه لايثبت ولاية إجبار لغير الأب والجد فلا يتصور أن يجيز تزويج ابن العم بنت عمه من نفسه ، والذى يجيزه الشافعى

وهو أن الواحد لايكون مملكا ومتملكا لشىء واحد فى زمان واحد . واستثنى الشافعى الولى لأن مذهبه فيه

(قال المصنف : إلا أن الشافعى يقول فى الولى ضرورة الخ) أقول : قال ابن الهمام : هذا الاستثناء بناء على اعتقاد المصنف أن الشافعى يقول فى المسئلة الأولى بالجواز كقولنا ، ولذا اقتصر فى نقل الخلاف فيها على خلاف زفر ، لكن الواقع ثبوت خلاف الشافعى فيها أيضا لأنه لايثبت ولاية إجبار لغير الأب والجد ، فلا يتصور أن يجيز تزويج ابن العم بنت عمه من نفسه ، والذى يجيزه الشافعى من تولى الولى الطرفين هو تزويج الجد بنت ابنه من ابن ابنه وليس هو فى هذا ومملكا متملكا فلا يصلح مستثنى ، ولو جعل منقطعا لم يصح تعليله بالضرورة ، فإن معنى الكلام أنه لايصح أن يكون المباشر مملكا ومتملكا شرعا إلا فى الولى ، صح ذلك ضرورة لكنه منتف اه . لا تمسنا الحاجة إلى ولاية الإجبار ، فالشافعى يجيز تزويج ابن العم بنت عمه البالغة من نفسه بإذنها ضرورة فليتأمل ، إلا أنه لايجوز ذلك عند الشافعى أيضا إلا فى وجه

ولنا أن الوكيل فى النكاح سفير ومعبر ، والتمانع فى الحقوق دون التعبير ولاترجع الحقوق إليه . **بخلاف البيع لأنه مباشر** حتى رجعت الحقوق إليه ، **وإذا تولى طرفيه فقوله زوّجت يتضمن الشطرين فلا يحتاج إلى القبول . قال** (وتزويج العبد والأمة بغير إذن مولاهما موقوف فإن أجازه المولى جاز ، وإن رده بطل ، وكذلك لو زوّج رجل امرأة بغير رضاها أو رجلا بغير رضاه) وهذا عندنا فإن كل عقد صدر من الفضولى وله مجيز انعقد موقوفا على الإجازة . وقال الشافعى : تصرفات الفضولى كلها باطلة

من تولى الولى الطرفين هو تزويج الجد بنت ابنه من ابن ابنه وليس هو فى هذا مملكا ومتملكا فلا يصلح مستثنى ، ولو جعل منقطعا لم يصح تعليله بالضرورة ، فإن معنى الكلام أنه لايصح المباشر مملكا ومتملكا شرعا إلا فى الولى صح ذلك ضرورة لكنه منتف (ولنا أن الوكيل فى النكاح سفير ومعبر) حتى لايستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل على مانذكر ، ولاترجع حقوق العقد إليه حتى لايطالب بالمهر وتسليم الزوجة ، بخلاف البيع لايصح أن يكون الواحد فيه وكيلا من جهة البائع والمشترى فإنه فيه مباشر ترجع الحقوق إليه ويستغنى عن الإضافة . والواحد يصلح أن يكون معبرا عن اثنين والتمانع إنما هو فى الحقوق لا فى نفس التلفظ ، فالذى يرجع إليه لا امتناع فيه ، والذى فيه الامتناع لايرجع إليه ، وللانتقال لكونه معبرا بعبارة الغير يكون ذلك العقد قام بأربعة الاثنين المعبر عنهما والشاهدين على ماهو فى الأثر . واعلم أنه يستثنى من مسئلة الوكيل بالبيع من الجانبين الأب . فإنه لو باع مال ابنه من نفسه أو اشتراه ولو بغبن يسير صح ، ولا يخفى أن هذا على التشبيه وإلا فبيع الأب ليس بطريق الوكالة بل الولاية والأصالة . ثم إذا تولى طرفيه قال المصنف فقوله زوّجت فلانة من نفسى يتضمن الشطرين فلا يحتاج إلى القبول بعده ، وكذا ولى الصغيرين القاضى وغيره ، والوكيل من الجانبين يقول زوّجت فلانة من فلان . وقال شيخ الإسلام خواهر زاده : هذا إذا ذكر لفظا هو أصيل فيه : أما إذا ذكر لفظا هو نائب فيه فلا يكفى ، فإن قال تزوّجت فلانة كفى ، وإن قال زوجتها من نفسى لايكفى لأنه نائب فيه . وعبارة الهداية وهى ماذكرناه آنفا صريحة فى نفى هذا الاشتراط ، وصرح بنفيه فى التجنيس أيضا فى علامة غريب الرواية والفتاوى الصغرى قال : رجل زوّج بنت أخيه من ابن أخيه فقال زوّجت فلانة من فلان يكفى ولا يحتاج إلى أن يقول قبلت ، وكذا كل من يتولى طرفى العقد إذا أتى بأحد شطرى الإيجاب يكفيه ، ولا يحتاج إلى الشطر الآخر لأن اللفظ الواحد يقع دليلا من الجانبين (قوله فإن كل عقد) كالبيع والإجارة ونحوهما (صدر من الفضولى وله مجيز انعقد موقوفا على الإجازة) فإذا أجاز من له الإجازة ثبت حكمه مستندا إلى العقد . فسر المجيز فى النهاية بقابل

كمذهب علمائنا الثلاثة ، وبناه على الضرورة (ولنا أن الوكيل فى النكاح سفير ومعبر) وكل من هو كذلك لايمتنع أن يكون مملكا ومتملكا لأنه لاتمانع فى التعبير بأن يقول تزوّجت بنت عمى فلانة على صداق كذا ، وإنما التمانع فى الحقوق كالتسليم والتسلم والإيفاء والاستيفاء وهى لاترجع إليه لأنه سفير لامباشر (بخلاف البيع لأنه مباشر حتى رجعت الحقوق إليه ، وإذا تولى طرفيه فقوله زوّجت يتضمن الشطرين) أى شطرى الإيجاب والقبول لأن الواحد لما قام مقام اثنين قامت عبارته الواحدة أيضا مقام عبارتين (فلا يحتاج إلى القبول) وقوله (وتزويج العبد والأمة) ظاهر . وقوله (وله مجيز) أى قابل يقبل الإيجاب سواء كان فضوليا آخر أو وكيلا أو أصيلا .

أبعد كما صرح به فى كتبهم (قوله بأن يقول تزوجت بنت عمى فلانة الخ) أقول : هذا ليس من التزويج بالوكالة بل بالولاية (قال المصنف : ولا ترجع الحقوق إليه الخ) أقول : قال السروجى : قوله ولاترجع الحقوق إليه ، قلت : تعليل صحيح لو سلم من النقض ولم يسلم ، فإن

لأن العقد وضع لحكمه ، والفضولى لايقدر على إثبات الحكم فيلغو. ولنا أن ركن التصرف صدر من أهله مضافا إلى محله ، ولا ضرر فى انعقاده

يقبل الإيجاب سواء كان فضوليا أو وكيلا أو أصيلا . وقال فى فصل بيع الفضولى من النهاية : الأصل عندنا أن العقود تتوقف على الإجازة إذا كان لها مجيز حالة العقد جازت وإن لم يكن تبطل . والشراء إذا وجد نفاذا نفذ على العاقد وإلا توقف . بيانه : الصبى إذا باع ماله أو اشترى أو تزوّج أو زوّج أمته أو كاتب عبده أو نحوه يتوقف على إجازة الولى فى حالة الصغر ، فلو بلغ قبل أن يجيزه الولى فأجاز بنفسه نفذ لأنها كانت متوقفة ولا ينفذ بمجرد بلوغه ، ولو طلق الصبى امرأته أو خلعها أو أعتق عبده على مال أو دونه أو وهب أو تصدّق أو زوّج عبده أو باع ماله محاباة فاحشة أو اشترى بأكثر من القيمة مالا يتغابن فيه أو غير ذلك مما لو فعله وليه لاينفذ كانت هذه الصور باطلة غير متوقفة ، ولو أجازها بعد البلوغ لعدم المجيز وقت العقد إلا إذا كان لفظ الإجازة يصلح لابتداء العقد فيصح على وجه الإنشاء كأن يقول بعد البلوغ أوأوقعت ذلك الطلاق والعتاق اه . وهذا يوجب أن يفسر المجيز هنا بمن يقدر على إمضاء العقد لا بالقابل مطلقا ولا بالولى . إذ لاتوقف فى هذه الصور ، وإن قبل فضولى آخر أو ولى لعدم قدرة الولى على إمضائها . ولو أراد هنا بالمجيز المخاطب مطلقا كان ينبغى أن يقول وله مجيز ومن يقدر على إنفاذه ليصح جواب المسئلة : أعنى قوله انعقد موقوفا لأن الصبى فى الصور المذكورة فضولى ، ولو قبل عقده آخر لايتوقف لعدم من يقدر على إنفاذه ، وعلى هذا لايكون العقد شاملا لليمين لأنها لاتتوقف على مخاطب بل على من له قدرة إمضائه فقط ، وصورته أن يقول أجنبى لامرأة رجل إن دخلت الدار مثلا فأنت طالق ، فإنه يتوقف على إجازة الزوج ، فإن أجاز تعلق فتطلق بالدخول ، ولو دخلت قبل الإجازة لاتطلق عند الإجازة ، فإن عادت ودخلت بعدها طلقت ، كذا فى الجامع . وفى المنتقى ، إذا دخلت قبل الإجازة فقال الزوج أجزت الطلاق علىّ فهو جائز ، ولو قال أجزت هذه اليمين علىّ لزمته اليمين ولا يقع الطلاق حتى تدخل بعد الإجازة . وعرف مما ذكرنا أن الصبى إذا تزوج يتوقف على إجازة وليه لأن الصبى العاقل من أهل العبارة غير أنه محتاج إلى رأى الولى ، فالصواب أن يحمل المجيز على من له قدرة الإمضاء ويندرج المخاطب فى ذكر العقد من قوله كل عقد يعقده الفضولى فإن اسم العقد لايتم إلا بالشطرين أو مايقوم مقامهما ، فعلى هذا قوله وما لا مجيز له ، أى ما ليس له من يقدر على الإجازة يبطل كما إذا كان تحته حرة فزوّجه الفضولى أمة أو أخت امرأته أو خامسة أو زوّجه معتدة أو مجنونة أو صغيرة يتيمة فى دار الحرب ، أو إذا لم يكن سلطان ولا قاض لايتوقف لعدم من يقدر على الإمضاء حالة العقد لأن دار الحرب ليس بها مسلم له ولاية حكم ليمكن تزويجه اليتيمة فكان

وقوله (لأن العقد وضع لحكمه) بناء على أن المقاصد الأصلية هو الحكم والأسباب والعلل وسائل إليه (والفضولى لايقدر على إثبات الحكم) وإلاجاز للناس تمليك أموال الناس للناس وفيه من الفساد مالا يخفى ، وإذا لم يكن قادرا كان كلامه لغوا (ولنا أن ركن التصرف) وهو قوله زوّجت وتزوّجت (صدر من أهله) وهو الحر العاقل البالغ (مضافا إلى محله) وهو الأنثى من بنات آدم عليه السلام وليست من المحرّمات (ولا ضرور فى انعقاده) لكونه

الوكيل لو زوج موكله على عبد نفسه يطالب بتسليمه اه . ويمكن أن يقال : معنى كلام المصنف لاترجع إليه الحقوق بمجرد كونه عاقدا وجعل عبد نفسه مهرا زائدا على العقد فتأمل .

فينعقد موقوفا . حتى إذا رأى المصلحة فيه ينفذه . وقد يتراخى حكم العقد عن العقد (ومن قال اشهدوا أنى قد تزوجت فلانة فبلغها فأجازت فهو باطل ، وإن قال آخر اشهدوا أنى قد زوجتها منه فبلغها الخبر فأجازت جاز . وكذلك إن كانت المرأة هي التي قالت جميع ذلك)

كالمكان الذى فى دار الإسلام ليس له حاكم ولا سلطان فإنه أيضا يتعذر تزويج الصغائر فيه اللاتى لاعواصب لهن فوقع باطلا ، حتى لو زال المانع بموت امرأته السابقة وانقضاء عدة المعتدة فأجاز لاينفذ ، أما إذا كان فيجب أن يتوقف لوجود من يقدر على الإمضاء . ولا يلزم على هذا المكاتب إذا تكفل بمال ثم أعتق حيث تصح هذه الكفالة حتى يؤخذ فيها بعد الحرية وإن لم يكن لها مجيز حال وقوعها ، وكذا إذا وكل المكاتب بعتق عبده ثم أجاز هذه الوكالة بعد العتق نفذت الوكالة ، وكذا لو أوصى بعين من ماله ثم عتق فأجاز الوصية يصح لأن كفالته التزام المال فى الذمة وذمته قابلة للالتزام . لكن لايظهر للحال لحق المولى . فإذا زال المانع بالإعتاق ظهر موجبه . أما التوكيل والوصية فالإجازة فيهما إنشاء لأنهما يعقدان بلفظ الإجازة والإنشاء لايستدعى عقدا سابقا . ولذا لو قال لآخر أجزت أن تطلق امرأتى أو أن تعتق عبدى أو أن تكون وكيلى أو أن يكون مالى وصية كان توكيلا ووصية ، بخلاف غيرهما من التصرفات لو قال أجزت عتق عبدى أو أن تكون فلانة زوجتى أو أن يكون مالى لفلان لايتم ذلك . ثم شرع يستدل على توقف عقد الفضولى فقال إن ركن العقد وهو الإيجاب والقبول صدر من أهله وهو العاقل البالغ مضافا إلى محله وهو غير المحرمات والحال أنه لاضرر فى انعقاده على التوقف . إنما الضرر فى إبرامه بدون اختيار من له الإجازة فوجب أن ينعقد موقوفا على الإجازة حتى إذا رأى من له الإجازة المصلحة فيه ينفذه وإلا يتركه ، فما فيه الضرر لم يثبت بهذا العقد ، وما فيه مصلحة وهو توقفه على الإجازة عند ظهور وجه وجود المصلحة [١] له هو الثابت ، فكان تصرف الفضولى هذا من باب الإعانة على تحصيل غرض المسلم من تحصيل الكفء والمهر وجبر السلعة فوجب اعتباره على الوجه الذى قلناه لأنه داخل فى عموم فعل الخيرات (وقد يتراخى حكم العقد عن العقد) كما فى البيع بشرط الخيار للبائع يتراخى ملك المشترى إلى اختيار البائع البيع فعدم ترتبه فى الحال على عقد الفضولى لايوجب بطلانه . والأولى أن يقال عقد يرجى نفعه واستعقابه حكمه ولا ضرر فى انعقاده موقوفا فوجب انعقاده كذلك حتى إذا رأى الخ . فقوله لايقدر على إثبات حكمه فيلغو ممنوع الملازمة بل إذا أيس من مصلحته . وإنما قلنا هذا لأن قوله صدر من أهله مما يمنع . ويقول الشافعى إن أريد أهل العقد فى الجملة فمسلم ولا يفيد ، وإن أريد هذا العقد الذى هو فيه فضولى فممنوع بل أهله من له ولاية إثبات حكمه (قوله ومن قال اشهدوا أنى قد تزوجت فلانة) يعنى الغائبة من غير إذن سابق منها له (فبلغها فأجازت فهو باطل وإن قال آخر اشهدوا أنى قد زوجتها منه فقبل آخر فبلغها فأجازت جاز) وإن لم يقبل أحد لم يجز (وكذلك إن كانت المرأة هى التى قالت جميع ذلك) يعنى يكون العقد باطلا إذا قالت اشهدوا أنى قد تزوجت فلانا : يعنى الغائب من

غير لازم موقوفا على الإجازة (فينعقد موقوفا ، فإن رأى فيه مصلحة نفذه) وإلا أبطله . وقوله (وقد يتراخى حكم العقد) جواب عن قوله لأن العقد وضع لحكمة وتقريره القول بالموجب : يعنى سلمنا ذلك لكن الحكم ههنا لم ينعدم بل تأخر إلى الإجازة . والحكم قد يتراخى عن العقد كما فى البيع بشرط الخيار . فإن لزومه متراخ إلى سقوط الخيار . وقوله (ومن قال اشهدوا أنى قد تزوجت فلانة) ظاهر . والفرق بين المسئلتين أن الأولى لامجيز

---

(١) (وجه وجود المصلحة) كذا فى الأصول ، ولعل لفظ وجود مزيد من النساخ كما هو ظاهر كتبه مصححه .

وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : إذا زوّجت نفسها غائبا فبلغه فأجازه جاز . وحاصل الخلاف أن الواحد لايصلح فضوليا من الجانبين أو فضوليا من جانب وأصيلا من جانب عندهما خلافا له .

غير إذن سابق لها منه فبلغه الخبر فأجاز ، وإن قال آخر اشهدوا أني قد زوّجته منها فقبل آخر عن الغائب فبلغه فأجاز جاز ، وإن لم يقبل أحد عن الغائب لم يجز وإن أجاز (وهذا عند أبي حنيفة ومحمد) يعني هذا التفصيل ، وقال أبو يوسف فيهما يجوز إذا أجاز الغائب وإن لم يقبل أحد . وبقيت صورة ثالثة هي أن يقول رجل زوّجت فلانة من فلان فيكون فضوليا من الجانبين إن قبل منه فضولي آخر توقف اتفاقا وإلا فعلى الخلاف فتحصل ست صور : ثلاث اتفاقية وهي قول الرجل تزوّجت فلانة أو المرأة تزوّجت فلانا أو الفضولي زوّجت فلانة من فلان وقبل آخر فيها ، وثلاث خلافية هي هذه إذا لم يقبل أحد ، ثم قال : وحاصل الخلاف الخ : يعني أصل هذا الخلاف اختلافهم في أن الواحد لايصلح فضوليا من الجانبين أو فضوليا من جانب أصيلا من جانب أو وكيلا أو وليا . وقيده بعضهم بما إذا تكلم بكلام واحد . أما إذا تكلم بكلامين فإنه يتوقّف بالاتفاق ، ذكره في شرح الكافي والحواشي ، ولا وجود لهذا القيد في كلام أصحاب المذهب ، بل كلام محمد على ما في الكافي للحاكم أبي الفضل الذي جمع كلام محمد مطلق عنه ، وأصل المبسوط خال عنه . قال : ويجوز للواحد أن ينفرد بعقد النكاح عند الشهود على اثنين إذا كان وليا لهما أو وكيلا عنهما ، ولا يجوز ذلك إذا كان وليا أو وكيلا لأحدهما دون الآخر ، أو لم يكن وليا ولا وكيلا لواحد منهما ، وعبارة المبسوط أيضا كذلك ، وإنما هو من التصرفات . والظاهر أن منشأ ما نقل من المبسوط من أن أصل الخلاف في هذه الصور أن شطر العقد لايتوقف على ماوراء المجلس عندهما وهو قول أبي يوسف أوّلا ، وقال آخرا لايتوقف ، فأخذ منه أن الفضولي لو تكلم بكلامين بأن قال زوجت فلانة من فلان وقبلت عنه توقف بالاتفاق : يعني لأنه حينئذ عقد لاشطر ، وأن الخلاف فيما إذا تكلم بكلام واحد ، وقيد به بعضهم قول الهداية والحق الإطلاق ، وبتكلمه بكلامين لايخرج عن كونه فضوليا من الجانبين ، وقوله في الهداية في وجه قولهما وشطر العقد لايتوقف على ما وراء المجلس صريح في أن عدم توقف الشطر اتفاقي لأن الإلزام لايقع إلا بمتفق وإلا لم يصح فيخالف ما في المبسوط ، وهو الراجح لأنه لايعلم خلاف في أنه إذا أوجب أحد المتعاقدين في البيع أو النكاح فلم يقبل الآخر في المجلس بطل وهذا معنى الاتفاق ،

لها فلا تتوقف ، والثانية لها مجيز فتتوقف لما تقدم أن شرط التوقف وجود المجيز . وقوله (وهذا) أي مجموع ماذكر (قول أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : إذا زوّجت نفسها فبلغه) يعني بغير مجيز (كأجازه جاز) قوله (وحاصل ذلك) قال الإمام المحبوبي : ههنا ست مسائل ، ثلاث منها تقف على الإجازة بلا خلاف : إحداها أن الفضولي إذا قال زوّجت فلانة من فلان وقبل عنه فضولي آخر ، أو قال الرجل تزوّجت فلانة وهي غائبة فأجابه فضولي وقال زوجتها منك وقالت المرأة زوّجت نفسي من فلان الغائب وقبل عن فلان فضولي توقف العقد على الإجازة في هذه الفصول الثلاثة بالاتفاق ، لأنه عقد جرى بين اثنين فيكون تاما موقوفا على الإجازة . وفي ثلاث منها اختلاف : إحداها ماذكر أوّلا وهو قوله ومن قال اشهدوا أني قد تزوّجت فلانة ، والثانية أن تقول المرأة زوّجت نفسي من فلان وفلان غائب ولم يقبل عنه آخر . والثالثة أن يقول الفضولي زوّجت

(قوله وهذا : أي مجموع ما ذكر) أقول : أو التفصيل المذكور .

ولو جرى العقد بين الفضوليين أو بين الفضولي والأصيل جاز بالإجماع . هو يقول لو كان مأمورا من الجانبين ينفذ، فإذا كان فضوليا يتوقف وصار كالخلع والطلاق والإعتاق على مال . ولهما أن الموجود شطر العقد لأنه شطر حالة الحضرة فكذا عند الغيبة ، وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما فى البيع ، بخلاف المأمور من الجانبين لأنه ينتقل كلامه إلى العاقدين ، وما جرى بين الفضوليين عقد تام . وكذا الخلع وأخناه لأنه تصرف يمين من جانبه حتى يلزم فيتم به

على أن شطر العقد لا يتوقف وإلا لجاز أن يقبل فى مجلس آخر ، ويتم النكاح والبيع عند أبى يوسف وليس كذلك ، فالحق أن مبنى الخلاف فى أن ما يقوم بالفضولى عقد تام أو شطره ؛ فعندهما شطر فلا يتوقف وعنده تمام فيتوقف وعلى هذا تقرر الدليل من الجانبين (قوله هو يقول لو كان مأمورا من الجانبين نفذ اتفاقا) وهو فرع اعتبار الصادر منه عقدا تاما وهو فرع قيام كلامه مقام كلامين ، فإذا كان فضوليا من الجانبين يتوقف لأنه لا فارق إلا وجود الإذن وعدمه . وأثره ليس إلا فى النفاذ فيبقى ما سوى النفاذ من كونه عقدا تاما فيتوقف . وحاصله قياس صورة عدم الإذن على صورة الإذن فى كونه عقدا تاما ويثبت بثبوته لازمه وهو التوقف بإلغاء الفارق . وقوله (وصار كالخلع) يعنى من جانبه (والطلاق والإعتاق على مال) قياس على صور أخر هى ما إذا قال خلعت امرأتى أو طلقتها على ألف وهى غائبة فبلغها الخبر فأجازت جاز ، وكذا أعتقت عبدى على ألف فبلغه الخبر فأجاز جاز كالأولى . ولهما أن القائم به شطر العقد وشطره لا يتوقف ، أما الثانية فبالاتفاق ، وأما الأولى فلأنه شطر حالة الحضرة : أى خطاب الحاضر وقبوله ، فكذا حالة الغيبة لأنه لا فرق بحال إلا أن يتكلم بكلامين حالة الغيبة ، وذلك لا يوجب صيرورته عقدا تاما لأن كون كلامى الواحد عقدا تاما هو أثر كونه مأمورا من الطرفين أو من طرف وله ولاية الطرف الآخر ، وهذا لأن العقد عبارة عن كلام اثنين يتبادلان بدلين ، وكلام الواحد

فلانة من فلان وهما غائبان ولم يقبل أحد فعلى قولهما لا يتوقف العقد على إجازة الغائب ، وهو قول أبى يوسف أولا ، وعلى قوله آخرا يتوقف (هو يقول) فى الفضولى من الجانبين (لو كان مأمورا من الجانبين نفذ ، فإذا كان فضوليا توقف) لأن كلام الواحد عقد تام فى النكاح باعتبار الإذن ابتداء فكذا باعتبار الإجازة انتهاء ، لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة كما فى الخلع والطلاق والإعتاق على مال ، فإن الزوج إذا قال خالعت امرأتى على كذا وهى غائبة فبلغها الخبر فقبلت فى مجلس علمها جاز بالاتفاق ، وكذلك الطلاق والإعتاق على مال ، احتياج الكل إلى الإيجاب والقبول (ولهما أن الموجود شرط العقد لأنه شطر حالة الحضرة) حتى ملك الرجوع قبل قبول الآخر وبطل بالقيام قبل قبول الآخر ، ولو كان عقدا تاما لم يكن كذلك والجامع (فكذا عند الغيبة) لأن الدال على ذلك المعنى هو الصيغة وهى لم تختلف (وشطر العقد لا يتوقف على ماوراء المجلس كما فى البيع ، بخلاف المأمور من الجانبين لأنه ينقل كلامه إلى العاقدين) فيصير ككلامين (وما جرى بين الفضوليين عقد تام) لوجود الإيجاب والقبول فيتوقف (وكذا الخلع وأخناه) أى الطلاق على مال والإعتاق عليه (لأنه تصرف يمين من جانبه) ولهذا كان لازما لا يقبل الرجوع واليمين يتم بالحالف فكان عقدا تاما ،

(قوله والجامع احتياج الكل) أقول : فيه بحث : فإن هذا الجامع يوجد فى جل العقود ولا يتوقف (قال المصنف : ولهما أن الموجود شطر العقد) أقول : يعنى أن الموجود المعتبر شرعا هو شرط العقد ، وهذا يشمل ما إذا تكلم الفضولى بكلام واحد أو كلامين إيجاب وقبول ، فإن قبوله غير معتبر شرعا كما فى حالة الحضرة ، فكذا فى الغيبة فيلغو فيلحق بالعدم ، والله أعلم .

(ومن أمر رجلا أن يزوّجه امرأة فزوّجه اثنتين فى عقدة لم تلزمه واحدة منهما) لأنه لاوجه إلى تنفيذهما للمخالفة ولا إلى التنفيذ فى إحداهما غير عين للجهالة ولا إلى التعيين لعدم الأولوية

ليس كلام اثنين إلا حكما لإذنهما له أو ولاية له ، ولا إذن للفضولى فلا عقد تام يقوم به ، فتضمن هذا التقرير منع كون الإذن ليس أثره إلا فى النفاذ بل تأثيره فى النفاذ يستلزم تأثيره فى كونه عقدا تاما ، وفى كون كلامه ككلامين لتوقف النفاذ على ذلك ، ولو سلم عدم تأثيره فيهما لم يلزم كون كلام الفضولى عقدا تاما لأن كون الكلام عقدا تاما لازم شرعى مساو للنفاذ ولا إذن للفضولى فانتفى حكمه بلازمه المساوى . بخلاف الخلع وأختيه لأنه تصرف يمين حتى لايملك الرجوع لأنه تعليق الطلاق والعتق بقبولهما المال فيتم به إذ ليس عقدا حقيقيا ، ولذا لو كانت هى المخالعة بأن قالت خالعت زوجى على ألف لم يتوقف لأنه من جانبها مبادلة . وعورض بأنه لو كان تعليقا لما بطل لو قال طلقتك بكذا فقامت من المجلس قبل القبول لكنه يبطل ، وليس لها أن تقبل بعده . أجيب لايلزم من كونه تعليقا أن لايبطل بالقيام بل من التعليقات مايبطل به ويقتصر على وجود الشرط فى المجلس كقوله أنت طالق إن شئت يقتصر على وجود المشيئة فى المجلس وهذ امثله .

[فروع] للفضولى فى النكاح أن يفسخه قبل الإجازة عند أبى يوسف ، حتى لو أجاز من له الإجازة بعد ذلك لاينفذ فى قول أبى يوسف الآخر قاسه على البيع وليس له ذلك عند محمد . ويفرق بأن حقوق العقد فى البيع ترجع إلى الفضولى بعد الإجازة لأنه يصير كالوكيل بخلاف النكاح . هذا وتثبت الإجازة بأجزت ونحوه بلا خلاف ، وكذا بقوله نعم ماصنعت وبارك الله لنا وأحسنت وأصبت على المختار ، واحتمالة الاستهزاء لاينفى ظهوره فى الإجازة ، وكذا هذا فى طلاق الفضولى وبيعه . وكذا إذا هنأه فقبل التهنئة لأنه دليل الرضا ، وكذا إذا قال طلقها بخلاف قوله طلقها لعبده لأن تمرده يقتضى حمله على مايناسبه من المتاركة وسيأتى الكلام فيه . ولو زوّجه الفضولى أربعا فى عقدة وثلاثا فى عقدة فطلق واحدة من فريق كان إجازة لنكاح ذلك الفريق لأن الطلاق الصحيح فرع النكاح الصحيح ، وكذا لو ادعت على رجل نكاحا فأنكر ثم طلقها أو قالت لرجل طلقنى يكون إقرارا بالنكاح الصحيح لأن دعواها لم يظن كونها كذبا وتمردا ليكون ظاهرا فى المتاركة . بخلاف مالو باشره العبد بلا إذن سيده . وقوله بالفارسية مال انيست إجازة على ما اختاره أبو الليث لأنه يستعمل للإجازة ظاهرا ، ومثل ذلك فى المرأة ، وقبول المهر إجازة ، وقبول الهدية ليس بإجازة لأنه لايتوقف سلامته على النكاح بخلاف المهر (قوله ومن أمر رجلا أن يزوجه امرأة فزوجه ثنتين فى عقدة لم تلزمه واحدة منهما) هذا شروع فى مسائل الوكيل . ولا تشترط

وإنما قال من جانبه لأن الخلع من جانبها معاوضة على ما سيجيء . قوله (ومن أمر رجلا أن يزوجه امرأة فزوجه اثنتين) لايخلو إما أن يكون التوكيل بامرأة معينة أو غيرها ، والثانى مسألة الكتاب وهو على ماذكره واضح . وكان أبو يوسف يقول أوّلا لايصح نكاح إحداهما بغير عينها والبيان إلى الزوج لأن المأمور ممتثل أمره فى إحداهما ؛ ولايبعد أن تكون إحداهما بغير عينها منكوحة ؛ كما لو طلق إحدى امرأتيه ثلاثا بغير عينها فالبيان إلى الزوج . قال شمس الأئمة السرخسى : وهذا ضعيف لأنه ليس كالطلاق لاحتماله التعليق بالشرط دون النكاح . ومالا يحتمل التعليق بالشرط لايثبت فى المجهول لأنه تعليق بالبيان ، بخلاف الطلاق وفى الأوّل وهو أن أمره أن يزوجه فلانة

(قوله وكان أبو يوسف ، إلى قوله : لأنه ليس كالطلاق الخ) أقول : الظاهر من تقرير تعليل أبى يوسف أنه قاس حال ابتداء النكاح بحال بقائه لاالنكاح بالطلاق ، فكان الأولى فى بيان ضعفه أن يفرق بين البقاء والابتداء ، وكم من شىء يثبت ضمنا ولا يثبت استقلالا (قوله وما لايحتمل التعليق بالشرط لايثبت فى المجهول الخ) أقول : قال السروجى . قلت : يرد على هذه العلة بيع عبد من عبدين ، على أن

فتعين التفريق (ومن أمره أمير بأن يزوّجه امرأة فزوّجه أمة لغيره جاز عند أبى حنيفة) رجوعا إلى إطلاق اللفظ وعدم التهمة (وقالا : لايجوز إلا أن يزوّجه كفأ) لأن المطلق ينصرف إلى المتعارف

الشهادة على الوكالة بالنكاح بل على عقد الوكيل ، وإنما ينبغى أن يشهد على الوكالة إذا خيف جحد الموكل إياها . وقوله لم يلزمه واحدة منهما : يعنى إذا لم يعينها للوكيل . وكأنه اكتفى بالتنكير دلالة على ذلك ، أما إذا عاينها فزوّجه إياها مع أخرى فى عقدة واحدة نفذ فى المعينة . ولو زوّجه إياهما فى عقدتين لزمته الأولى وتتوقف الثانية لأنه فضولى فيه ، ولو أمره بثنتين فى عقدة فزوّجه واحدة جاز . بخلاف ما لو أمره بشراء ثوبين فى صفقة لايملك التفريق لأن الجملة فى البيع مظنة الرخص فاعتبر تقييده ، وليس فى النكاح كذلك فلا يعتبر إلا إن قال : لاتزوجنى إلا امرأتين فى عقدة واحدة ، ثم أفاد وجه ماذكر فى الكتاب بقوله ولا وجه إلى تنفيذهما للمخالفة ولا إلى تنفيذ إحداهما غير عين للجهالة ولا إلى التعيين لعدم الأولوية فتعين التفريق وهو غير مطابق للدعوى لأنها عدم لزوم واحدة منهما لا لزوم التفريق بينه وبين كل منهما ولا يساويها إذ له أن يجيز نكاحها أو نكاح إحداهما ، ولا هو لازم مما ذكره ، بل اللازم عدم إمكان تنفيذهما وتنفيذ إحداهما مبهمة ومعينة فانتفى اللزوم مطلقا وهو المطلوب . وكان أبو يوسف يقول أولا : يصح نكاح إحداهما بغير عينها والبيان إلى الزوج ، ثم رجع لأنه إنما يثبت فى المجهول مايحتمل التعليق بالشرط . وإذا وقع التعليل بالمخالفة لعدم النفاذ فلنذكر شيئا من فروعه ، فالوكيل إذا خالف إلى خير لو كان خلافه كلا خلاف نفذ عقده . وليس منه ما إذا أمره بالنكاح الفاسد فزوجه صحيحا ، بل لايجوز لعدم الوكالة بالنكاح أصلا لأن النكاح الفاسد ليس نكاحا لأنه لايفيد حكمه وهو الملك . وأما العدّة بعد الدخول فيه وثبوت النسب فليس حكما له بل للفعل إذا لم يتمحض زنا ، بخلاف البيع الفاسد فإنه بيع يفيد حكمه من الملك فكان الخلاف فيه إلى البيع الصحيح خلافا إلى خير فيلزم . وليس منه ما إذا وكله بالنكاح بألف فلم ترض المرأة حتى زادها الوكيل ثوبا من مال نفسه فإنه لاينفذ . والنكاح موقوف على إجازة الزوج لأنه خلاف إلى ضرر لأن الثوب لو استحق وجبت قيمته على الزوج لا الوكيل لأنه متبرع . ولا ضمان على متبرع حتى لو لم يعلم الزوج بذلك إلا بعد الدخول فهو بالخيار . ولا يكون الدخول بها رضا بما صنع الوكيل لأنه لم يعلم فإن فارقها بعد الدخول فلها الأقل من المسمى ومهر المثل لأنه كالنكاح الفاسد والدخول فيه يوجب ذلك ، بخلاف مالو أمره بعمياء فزوجه بصيرة جاز ، ولو أمره ببيضاء فزوّجه سوداء أو على القلب أو من قبيلة فزوّجه من أخرى أو بأمة فزوّجه حرة لايجوز ، ولو زوّجه مدبرة أو مكاتبة أو أم ولد جاز (قوله ومن أمره أمير أن يزوّجه امرأة فزوجه أمة لغيره جاز عند أبى حنيفة رجوعا إلى إطلاق اللفظ وعدم التهمة ، وقالا : لايجوز إلا أن يزوّجه كفأ)

فزوّجها وأخرى معها فى عقد واحد جاز نكاح فلانة للآمر به وتوقف نكاح الأخرى على الإجازة لأنه فضولى فيها . وقوله (ومن أمره أمير) قيده بالأمير وحكم غيره كذلك . قال الإمام المحبوبى : وعلى هذا الخلاف إذا لم يكن أميرا فزوّجه الوكيل أمة أو حرة عمياء أو مقطوعة اليدين أو رتقاء أو مفلوجة أو مجنونة ، إما اتفاقا ، وإما لما قيل قيده

المشترى بالخيار يأخذ أيهما شاء على ما يأتى فى أول البيع إن شاء الله تعالى اه . ويجوز أن يقال : جواز ماذكرتم إنما ثبت على خلاف القياس بالاستحسان لكونه فى معنى ماورد به الشرع وهو منتف هنا (قال المصنف : فتعين التفريق) أقول : يعنى بينه وبين كل منهما . قال ابن الهمام : وهذا غير مطابق للدعوى لأنها عدم لزوم واحدة منهما لالزوم التفريق ولايساويها ، إذ له أن يجيز نكاحهما أو نكاح إحداهما ، ولا هو لازم مما ذكره بل اللازم عدم إمكان تنفيذهما وتنفيذ إحداهما مبهمة ومعينة فانتفى اللزوم مطلقا وهو المطلوب اه . ويمكن أن يقال : مراد المصنف فتعين التفريق إذا لم يجز تزويجهما ، ورده بقرينة سياق كلامه فليتأمل (قوله وإما لما قيل الخ) أقول : وإما ليعلم جواز النكاح فيمن

وهو التزوّج بالأكفاء . قلنا العرف مشترك أو هو عرف عملي فلا يصلح مقيدا . وذكر فى الوكالة أن اعتبار الكفاءة فى هذا استحسان عندهما لأن كل أحد لايعجز عن التزوّج بمطلق الزوج فكانت الاستعانة فى التزوّج بالكفء ، والله أعلم .

والتقييد بالأمير مطلقا وإن كان أمير المؤمنين ليعلم ذلك فيمن دونه بطريق أولى . فحاصل المسئلة إذا أمره غيره بتزويجه فزوّجه امرأة لاتكافئه ولا تهمة ، ولو زوّجه أمة لغيره أو عمياء أو مقطوعة اليدين أو رتقاء أو مفلوجة أو مجنونة جاز عنده خلافا لهما ، ولو زوجه صغيرة لايجامع مثلها جاز اتفاقا ، وقيل هو قوله خلافا لهما . ولو زوّج وكيل المرأة غير كفء ، قيل هو على الخلاف ، وقيل الصحيح أنه لايجوز اتفاقا . والفرق لأبى حنيفة رحمه الله أن المرأة تعير بغير الكفء فيتقيد إطلاقها به ، بخلاف الرجل فإنه لايعيره أحد بعدم كفاءتها له لأنه مستفرش واطئ لايغيظه دناءة الفراش ، أما لو كانت أمة للوكيل فلا يجوز للتهمة ، ولهذا لو وكل امرأة فزوّجته نفسها أو وكلت رجلا فزوّجها من نفسه لايجوز ، وكذا إذا زوج وكيل الرجل بنته ولده أو بنت أخيه وهو وليها لايجوز للتهمة . ولهما أن المطلق يتقيد بالعرف وهو التزويج بالأكفاء (قلنا العرف مشترك) أى الواقع من أهل العرف تزويجهم بالمكافئات وغير المكافئات فليس مختصا بتزويج المكافئات لينصرف الإطلاق إليه (أو هو عرف عملي فلا يصلح مقيدا) للفظ إذ اللفظ المقيد عبارة عن لفظ ضم إليه لفظ يقيده ، ولا يخفى ما فى هذا الوجه . وقولهم فى الأصول الحقيقة تترك بدلالة العادة ينفيه ، إذ ليست العادة إلا عرفا عمليا ، فالأولى الأول . قال الاسبيجابى : قولهما أحسن للفتوى واختاره الفقيه أبو الليث ، وقد يكون فى سكوت الشيخ عقيب قوله (وذكر فى الوكالة أن اعتبار الكفاءة فى هذا استحسان عندهما لأن كل أحد لايعجز عن التزوّج بمطلق الزوجة فكانت الاستعانة فى التزوّج بالمكافئة)

بذلك لتظهر الكفاءة فإنها من جانب النساء للرجال مستحسنة فى الوكالة عندهما ، وقيد بقوله أمة لغيره لأنه لو زوّجه أمة نفسه لايجوز بالاتفاق لمكان التهمة ، وأشار إليه فى الدليل بقوله وعدم التهمة . وأما إطلاق اللفظ فإن لفظ امرأة مطلق يقع على الحرة والأمة ، كما إذا حلف لايتزوّج امرأة يقع على الحرة والأمة جميعا . وقوله (وهو التزوّج بالأكفاء) قال الكشانى : دلت المسئلة على أن الكفاءة تعتبر فى النساء للرجال أيضا عندهما ، وكذا ذكره فى الأصل (قلنا العرف مشترك) يعنى كما هو مستعمل فيما قلتم مستعمل فيما قلنا ، فإن الأشراف كما يتزوّجون الحرائر يتزوّجون الإماء للتسهيل (أو هو عرف عملي) أى عرف من حيث العمل والاستعمال لامن حيث اللفظ . وبيانه أن العرف على نوعين : لفظى نحو الدابة تقيد لفظا بالفرس ونحو المال بين العرب بالإبل . وعملى أى عرف من حيث العمل : أى من حيث أن عمل الناس كذا كلبسهم الجديد يوم العيد وأمثاله (فلا يصلح مقيدا) لإطلاق اللفظ لأن إطلاق اللفظ تصرف لفظى والتقييد يقابله ، ومن شرط التقابل اتحاد المحل الذى يردان عليه . وقوله (وذكر) يعنى محمدا (فى وكالة الأصل) إشارة إلى ماذكرنا من استحسان الكفاءة عندهما فى الوكالة لما ذكره فى الكتاب وهو واضح .

دونه بطريق أولى (قوله قال الكشانى دلت المسئلة الخ) أقول : إن أراد دلت على اعتبارها فى الوكالة عندهما فسلم بالنظر إلى دليلهما ، وإن أراد مطلقا فممنوع (قال المصنف : قلنا العرف مشترك أو هو عرف عملى فلا يصلح مقيدا) أقول : فيه بحث (قوله فلايصلح مقيدا لإطلاق اللفظ ، إلى قوله : والتقييد يقابله ، ومن شرط التقابل اتحاد المحل الخ) أقول : فيه بحث ، فإن المقيد أيضا هو اللفظ غايته أن الباعث التقييد شيء غيره ، ولا ينتفى بذلك اتحاد المحل كما لايخفى على من يتأمل ، ثم كيف يصح أن يقال : إن العرف العملى لايصلح مقيدا ، وقد اتفقوا على أن المتبايعين إذا أطلقا الثمن ينصرف إلى غالب نقد البلد بدلالة العرف على ما سيجىء .

إشارة إلى اختياره قولهما لأن الاستحسان مقدم على غيره إلا فى المسائل المعلومة . والحق أن قول أبي حنيفة ليس قياسا لأنه أخذ بنفس اللفظ المنصوص فكان النظر فى أيّ الاستحسانين أولى . وفى وجه الاستحسان المذكور دفع لقول من قال من المشايخ إن هذه المسئلة دلت على أن الكفاءة معتبرة عندهما فى النساء للرجال ؛ إذا ظهر أن قولهما ليس بناء عليه بل على أن الظاهر أن الاستعانة لاتقصد إلا لتحصيل المناسب لافيما صدق عليه مطلق الاسم ، لأن كل أحد يقدر على ذلك . هذا والوكيل بتزويج امرأة بعينها يملكه بالغبن اليسير إجماعا ، والفاحش عنده خلافا لهما . والفرق له بينه وبين الشراء حيث لايجوز شراء الوكيل بالغبن الفاحش اتفاقا أن التهمة فى حق الوكيل بالنكاح منتفية بسبب عدم استغنائه عن إضافة العقد إلى موكله فيجوز منه بالغبن الكثير ، بخلاف الشراء فإنه يستغنى فيه عنه فتمكنت تهمة أنه اشترى لنفسه فوجده خاسرا فجعله لموكله . ومعنى لايجوز هنا لاينفذ النكاح إلا أن يجيزه ، وكذا إن سمى للوكيل ألفا مثلا فزوّجه بأكثر ، فإن دخل بها ولم يكن يعلم قبله ثم علم فهو على خياره لأن هذا الدخول ليس رضا لأنه على اعتبار أن الوكيل لم يخالف إذلم يعلم بخلافه . بخلاف مالو علم فدخل بها . فإن فارقها فلها الأقل من المسمى ومهر المثل ، فإن كان الوكيل أو الرسول ضمن المهر وأخبرهم أنه أمره بذلك ثم رد الزوج النكاح للزيادة فى المهر لزم الوكيل أو الرسول نصف المهر . وليس له أن يلزمه النكاح ويغرم هو الزيادة لأنه لما لم يمتثل صار فضوليا ، ولو كانت هى الموكلة وسمت ألفا مثلا فزوّجها الوكيل ثم قال الزوج ولو بعد الدخول تزوّجتك بدينار وصدقه الوكيل إن أقر الزوج أن المرأة لم توكله بدينار فهى بالخيار ، إن شاءت أجازت النكاح بدينار وإن شاءت ردته ، ولها مهرمثلها بالغا مابلغ ، ولا نفقة عدة لها لأنها لما ردت تبين أن الدخول حصل فى نكاح موقوف فيوجب مهر المثل دون نفقة العدة ؛ وإن كذبها الزوج فالقول قولها مع يمينها . فإن ردت فباقى الجواب بحاله . قال المصنف رحمه الله فى التجنيس : يجب أن يحتاط فى مثل هذا الأمر لأنه ربما يقع مثل هذا وقد حصل لها منه أولاد ثم تنكر المرأة قدر ما زوّجها به الوكيل ويكون القول قولها فترد النكاح ، وكذا هذا فى سائر الأولياء إذا كانت المرأة بالغة ، وهذا ماذكر فى الرسول من مسائل أصل المبسوط قال : إذا أرسل إلى المرأة رسولا حرا أو عبدا صغيرا أو كبيرا فهو سواء إذا بلغ الرسالة فقال إن فلانا يسألك أن تزوّجيه نفسك فأشهدت أنها زوّجته نفسها وسمع الشهود كلامها وكلام الرسول فإن ذلك جائز إذا أقر الزوج بالرسالة أو قامت عليه بينة ، فإن لم يكن أحدهما فلا نكاح بينهما لأن الرسالة لما لم تثبت كان الآخر فضوليا ولم يرض الزوج بصنعه . ولا يخفى أن مثل هذا بعينه فى الوكيل . ثم ذكر فى الرسول فروعا كلها تجرى فى الوكيل لا بأس بذكرها لفوائدها . قال : فإن كان الرسول زوّجها وضمن لها المهر وقال قد أمرنى بذلك فالنكاح لازم للزوج إن أقر بذلك أو ببينة ، والضمان لازم للرسول إن كان من أهل الضمان ، فإن جحد ولا بينة بالأمر فلا نكاح وللمرأة على الرسول نصف المهر لأنه مقر بأنه أمره بذلك وأن النكاح جائز وأن الضمان قد لزمه ، وإقراره على نفسه صحيح قال : وذكر فى كتاب الوكالة قال محمد رحمه الله : على الوكيل المهر كله لأن جحود الزوج ليس بفرقة ، وهذا يبين لك أن لافرق فى هذه الأحكام بين الرسول والوكيل ، ثم قال فى المبسوط : فقيل إن ماذكر هنا قول أبي حنيفة وأبي يوسف الأوّل ، وهناك قول محمد وأبي يوسف الآخر بناء على أن قضاء القاضى ينفذ ظاهرا وباطنا عنده ، فنفذ بالفرقة قبل الدخول

(باب المهر)

(ويصح النكاح وإن لم يسم فيه مهرا) لأن النكاح عقد انضمام وازدواج لغة فيتم بالزوجين ، ثم المهر واجب شرعا إبانة لشرف المحل فلا يحتاج إلى ذكره لصحة النكاح ،

وسقط نصف المهر ، وعلى قول محمد رحمه الله : لاينفذ باطنا فيبقى جميع المهر على الزوج فيجب على الكفيل لإقراره به ، وقيل بل فيه روايتان : وجه تلك الرواية أن الزوج منكر لأصل النكاح ، وإنكاره للنكاح ليس طلاقا فلا يسقط به شيء بزعم الكفيل ووجه . هذه أنه أنكر وجوبه عليه وهو يملك إسقاط نصفه عن نفسه بسبب يكسبه فيجعل مسقطا فيا يمكنه . قال : فإن كان الرسول قال لم يأمرنى ولكنى أزوجه وأضمن عنه المهر ففعل ثم أجاز الزوج ذلك جاز ولزم الزوج الضمان لأن الإجازة كالإذن فى الابتداء ، وإن لم يجز لم يكن على الرسول شيء لأن أصل السبب قد انتفى برده ، وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل ، والله أعلم .

(باب المهر)

المهر حكم العقد فيتعقبه فى الوجود فعقبه إياه فى البيان ليحاذى بتحقيقه الوجودى تحقيقه التعليمى (قوله ويصح النكاح وإن لم يسم فيه مهرا) لاخلاف فى ذلك (لأن النكاح عقد انضمام) يعنى ليس مأخوذا فى مفهومه المال جزءا فيتم بدونه ، إلا أن قوله عقد لايستلزمه إلا إذا لم يثبت فى مفهومه زيادة شروط وهو منتف إذ قد ثبت زيادة عدم المحرمية ونحوه فلا بد من زيادة شرعا على الدعوى ، ويرد حينئذ أن المهر أيضا واجب شرعا فيه فأجاب بأنه وجب شرعا حكما له حيث أفاده بقوله (فلايحتاج إلى ذكره) إذا لم يسم إبانة لشرف المحل . أما أنه وجب شرعا فلقوله تعالى ـ وأحل لكم ماوراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم ـ فقيد الإحلال به ، وأما اعتباره حكما لقوله تعالى ـ لاجناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ـ فإن رفع الجناح عن الطلاق قبل الفرض فرع صحة النكاح قبله فكان واجبا ليس متقدما وهو الحكم ، وأما أنه إبانة لشرفه فلعقلية ذلك إذ لم يشرع

(باب المهر)

لما ذكر ركن النكاح وشرطه شرع فى بيان المهر لأنه حكمه ، فإن مهر المثل يجب بالعقد فكان حكما له ، والمهر هو المال يجب فى عقد النكاح على الزوج فى مقابلة منافع البضع ، إما بالتسمية أو بالعقد . وله أسام : المهر ، والصداق ، والنحلة ، والأجر ، والفريضة ، والعقر . لا خلاف لأحد فى صحة النكاح بلا تسمية المهر ، قال الله عز وجل ـ فانكحوا ـ والنكاح لغة لاينبئ إلا عن الانضمام والازدواج فيتم بالمتناكحين ، فلو شرطنا التسمية فيه زدنا على النص . فإن قيل : المهر واجب شرعا فكيف يصح النكاح مع السكوت عنه ؟ أجاب بقوله (ثم المهر واجب شرعا) يعنى أن وجوبه ليس لصحة النكاح ، وإنما هو لإبانة شرف المحل (فلا يحتاج إلى ذكره لصحة النكاح) فإن قيل : هذا دعوى فلا بد لها من دليل . قلت : دل عليه قوله تعالى ـ لاجناح عليكم إن طلقتم

(باب المهر)

(قوله فإن ظهر المثل يجب بالعقد الخ) أقول : لاأدرى لم خص مهر المثل بالذكر ، والحال أن وجوب المهر مطلقا مسمى كان أو مهر المثل من أحكام النكاح فكان الأولى هو الإجراء على العموم (قوله فإن قيل هذا دعوى فلا بد لها من دليل) أقول : أقيم الدليل عليها بأنه يلزم الزيادة على النص ، إلا أن يكون المراد من دليل أقوى منه وفيه مافيه

وكذا إذا تزوّجها بشرط أن لامهر لها لما بينا . وفيه خلاف مالك (وأقل المهر عشرة دراهم) وقال الشافعى : مايجوز أن يكون ثمنا فى البيع لأنه حقها فيكون التقدير إليها. ولنا قوله صلى الله عليه وسلم «ولا مهر أقل من عشرة»

بدلا كالثمن والأجرة وإلا لوجب تقديم تسميته فعلمنا أن البدل النفقة وهذا لإظهار خطره فلا يستهان به ، وإذن فقد تأكد شرعا بإظهار شرفه مرة باشتراط الشهادة ومرة بإلزام المهر فتحصل أن المهر حكم العقد فلا يشترط لصحة العقد التنصيص على حكمه . كالملك لايشترط لصحة البيع ذكره ثم يثبت هو كذلك فيثبت مهر المثل عند عدم تسمية مهر لها (قوله وكذا إذا تزوّجها بشرط أن لامهر لها) أى فيصح النكاح (وفيه خلاف مالك) وجه قوله أن النكاح عقد معاوضة كالبيع والمهر كالثمن والبيع بشرط أن لا ثمن لايصح . فكذا النكاح بشرط أن لامهر ؛ وكان مقتضى هذا أن يفسد بترك التسمية أيضا . إلا أنا تركناه بالنص السابق ثم بحديث ابن مسعود فى المفوّضة وسنذكره . قلنا : حديث ابن مسعود على أن المهر اعتبر حكما شرعا ، وإلا لما تم بدون التنصيص عليه إذ لاوجود للشيء بلا ركنه وشرطه . فحيث كان واجبا ولم يتوقف عليه الوجود كان حكما . وإذا ثبت كونه حكما كان شرط عدمه شرطا فاسدا ، وبه لايفسد النكاح . بخلاف البيع لأن الثمن ركنه فلا يتم دون ركنه . وبهذا ظهر أن ركن البيع بعت بكذا لا مجرد قوله بعت . هذا ويصح الرهن بمهر المثل لأنه كالمسمى فى كونه دينا . فإن هلك وبه وفاء كانت مستوفية . فإن طلقها قبل الدخول لزمها أن ترد مازاد على قدر المتعة . ولو كان الرهن قائما وقت الطلاق قبل الدخول فليس لها أن تحبسه بالمتعة فى قول أبى يوسف الآخر . وفى قوله الأول وهو الاستحسان وهو قول محمد لها حبسه بها لأنها خلفه . والرهن بالشيء يحبس بخلفه كالرهن بالعين المغصوبة تكون محبوسة بالقيمة . وجه الآخر أنها دين آخر لأنها ثياب وهى غير الدراهم . والدليل عليه أن الكفيل بمهر المثل لايكون كفيلا بالمتعة . ويتفرع على القولين ما إذا هلك بعد طلب الزوج الرهن بعد الطلاق فمنعته حتى هلك هل تضمن تمام قيمته ؟ فى قوله الأوّل لاضمان عليها لأنها حبسته بحق ، وفى الآخر تضمن تمامه لأنها غاصبة ، ولو هلك قبل منعها لاضمان عليها ، ولكنها فى قوله الأوّل تصير مستوفية للمتعة . وفى قوله الآخر لها أن تطالبه بها (قوله وأقل المهر عشرة دراهم) فضة وإن لم تكن مسكوكة بل تبرا . وإنما يشترط المسكوكة فى نصاب السرقة للقطع تقليلا لوجود الحد . وهذا عندنا وعند مالك ربع دينار ، وعند النخعى أربعون درهما . وقال الشافعى وأحمد : مايجوز ثمنا لأنه حقها إذ جعل بدل بضعها ولذا تتصرف فيه إبراء واستيفاء (فيكون التقدير إليها) ويدل على عدم تعيين

النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ـ حكم بصحة الطلاق مع عدم التسمية ، ولا يكون الطلاق إلا فى النكاح الصحيح ، فعلم أن ترك ذكره لايمنع صحة النكاح (وكذا إذا تزوّجها بشرط أن لامهر لها لما بينا) أن النكاح عقد انضمام فيتم بالزوجين . وقوله (وفيه) أى فيما إذا تزوّجها بشرط أن لامهر لها (خلاف مالك) يعنى أنه لايجوزه ، قال : لأنه عقد معاوضة ملك متعة بملك مهر فيفسد بشرط نفى عوضه كالبيع بشرط أن لاثمن ويحتاج إلى الفرق بين ترك التسمية وشرط أن لايكون مهر ، والقياس على البيع يقتضى شمول العدم ، وفرق بينهما بحديث ابن مسعود فى المتعة كما سيجيء . قلنا : دلالة حديث ابن مسعود على جواز أن ينفى المهر كدلالته على جواز ترك ذكره لأن ما لايكون عوضا يشترط ذكره فى العقد لايختلف الحال بين ترك ذكره ونفيه كالبيع (وأقل المهر عشرة دراهم . وقال الشافعى : مايجوز أن يكون ثمنا فى البيع لأنه حقها) بشرعه الله تعالى لها صيانة لبضعها عن الابتذال مجانا (فيكون التقدير إليها . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لامهر أقل من عشرة») إنما ذكره بالواو لكونه معطوفا على ماقبله فى الحديث وهو

. . . .

العشرة حديث عبد الرحمن بن عوف حيث قال فيه : كم سقت إليها ؟ قال : وزن نواة من ذهب ، فقال : بارك الله لك ، أولم ولو بشاة » رواه الجماعة . والنواة خمسة دراهم عند الأكثر ، وقيل ثلاث وثلث ، وقيل النواة فيه نواة التمر . وعن جابر رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من أعطى فى صداق امرأة ملء كفيه سويقا أو تمرا فقد استحل » رواه أبو داود ، ولأن قوله تعالى - أن تبتغوا بأموالكم محصنين - يوجب وجود المال مطلقا ، فالتعيين الخاص زيادة عليه بخبر الواحد وأنتم تمنعونه . ولنا قوله صلى الله عليه وسلم في حديث جابر رضى الله عنه « ألا لايزوّج النساء إلا الأولياء ، ولا يزوّجن إلا من الأكفاء ، ولا مهر أقل من عشرة دراهم » رواه الدارقطنى والبيهقى ، وتقدم الكلام عليه فى الكفاءة فوجب الجمع فيحمل كل ما أفاد ظاهره كونه أقل من عشرة دراهم على أنه المعجل ، وذلك لأن العادة عندهم كانت تعجيل بعض المهر قبل الدخول حتى ذهب بعض العلماء إلا أنه لايدخل بها حتى يقدم شيئا لها . نقل عن ابن عباس وابن عمر والزهرى وقتادة تمسكا بمنعه صلى الله عليه وسلم عليا فيما رواه ابن عباس « أن عليا لما تزوّج بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم أراد أن يدخل بها ، فمنعه صلى الله عليه وسلم حتى يعطيها شيئا ، فقال : يارسول الله ليس لى شيء ، فقال : أعطها درعك ، فأعطاها درعه ثم دخل بها » لفظ أبي داود ، ورواه النسائى . ومعلوم أن الصداق كان أربعمائة درهم وهى فضة ، لكن المختار الجواز قبله لما روت عائشة قالت « أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أدخل امرأة على زوجها قبل أن يعطيها شيئا » رواه أبو داود ، فيحمل المنع المذكور على الندب : أى ندب تقديم شيء إدخالا للمسرة عليها

ما روى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ألا لايزوّج النساء إلا الأولياء ، ولايزوجن إلا من الأكفاء ولا مهر أقل من عشرة دراهم » . وفى حديث ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا قطع فى أقل من عشرة دراهم ، ولا مهر أقل من عشرة دراهم » وفيه بحث من أوجه : الأول أنه خبر واحد فلا يجوز تقييد إطلاق قوله تعالى - أن تبتغوا بأموالكم - به لأنه نسخ . الثانى أنه معارض بما روى أن عبد الرحمن بن عوف جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم وبه أثر صفرة فأخبره أنه تزوج ، فقال عليه الصلاة والسلام « كم سقت إليها فقال : زنة نواة من ذهب ، فقال عليه الصلاة والسلام : أولم ولو بشاة » رواه الجماعة . والنواة خمسة دراهم عند الأكثر ، وقيل ثلاثة دراهم وثلث ، وبما روى « أن امرأة قامت وقالت : وهبت نفسى منك يارسول الله ، فقال عليه الصلاة والسلام : لاحاجة لنا اليوم بالنساء ، فقال رجل : لى حاجة ، زوّجنيها يارسول الله ، فقال عليه الصلاة والسلام : هل عندك شيء تصدقها ؟ فقال : ماعندى إلا إزارى ، فقال عليه الصلاة والسلام : لا فالتمس شيئا ولو خاتما من حديد ، فالتمس فلم يجد شيئا ، فقال عليه الصلاة والسلام : هل معك شيء من القرآن ؟ قال : نعم سورة كذا وكذا ، قال عليه الصلاة والسلام : زوّجتكها بما معك من القرآن » . الثالث أن هذا الحديث متروك العمل فى حق الأولياء فيكون فى حق المهر كذلك لأنه إن كان صحيحا وجب العمل به على الإطلاق وإن لم يكن صحيحا وجب ترك العمل به كذلك . وأما العمل ببعض دون بعض فتحكم محض . والجواب عن الأول أن التقييد ثبت بإشارة قوله تعالى - قد علمنا مافرضنا عليهم فى أزواجهم - لأن الفرض بمعنى التقدير ، وكان المراد بأموالكم

(قوله لأن الفرض بمعنى التقدير) أقول : فيه بحث

ولأنه حق الشرع وجوبا إظهارا لشرف المحل

تألفا لقلبها ، وإذا كان ذلك معهودا وجب حمل مايخالف ما رويناه عليه جمعا بين الأحاديث ، وكذا يحمل أمره صلى الله عليه وسلم بالتماس خاتم من حديد على أنه تقديم شيء تألفا ، ولما عجز قال قم فعلمها عشرين آية وهي امرأتك . رواه أبوداود ، وهو محمل رواية الصحيح « زوّجتكها بما معك من القرآن » فإنه لا ينافيه وبه تجتمع الروايات . قيل لاتعارض ليحتاج إلى الجمع ، فإن حديث جابر فيه مبشر بن عبيد والحجاج بن أرطاة وهما ضعيفان عند المحدثين ، قلنا : له شاهد يعضده وهو ماعن عليّ رضي الله عنه قال : «لاتقطع اليد فى أقل من عشرة دراهم ، ولا يكون المهر أقل من عشرة دراهم» . رواه الدارقطنى والبيهقى . وقال محمد : بلغنا ذلك عن على وعبد الله ابن عمر وعامر وإبراهيم ، ورواه بإسناده إلى جابر فى شرح الطحاوى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهذا من المقدرات ، فلا يدرك إلا سماعا لكن فيه رواه الأودى عن الشعبي عن علي ، وداود هذا ضعفه ابن حبان . والحق أن وجود ماينفي بحسب الظاهر تقدير المهر بعشرة فى السنة كثير منها حديث « التمس ولو خاتما من حديد » وحديث جابر « من أعطى فى صداق امرأة ملء كفيه سويقا » الحديث ، وحديث الترمذى وابن ماجه « أنه صلى الله عليه وسلم أجاز نكاح امرأة على نعلين » صححه الترمذى ، وحديث الدارقطنى والطبرانى عنه صلى الله عليه وسلم « أدّوا العلائق ، قيل وما العلائق ؟ قال : ماتراضى عليه الأهلون ولو قضيبا من أراك » وحديث الدارقطنى عن الخدرى عنه صلى الله عليه وسلم قال « لايضر أحدكم بقليل ماله تزوّج أم بكثيره بعد أن يشهد » إلا أنها كلها مضعفة ما سوى حديث « التمس » فحديث «من أعطى» فيه إسحاق بن جبريل قال فى الميزان : لايعرف وضعفه الأودى[1] ومسلم بن رومان مجهول أيضا . وحديث النعلين وإن صححه الترمذى فليس بصحيح لأنه فيه عاصم ابن عبيد الله ، قال ابن الجوزى : قال ابن معين : ضعيف لايحتج به ، وقال ابن حبان : فاحش الخطإ فترك ، وحديث العلائق معلول بمحمد بن عبد الرحمن بن البيلمانى قال ابن القطان : قال البخارى : منكر الحديث . ورواه أبوداود فى المراسيل وفيه محمد بن عبد الرحمن بن أبى ليلى فيه ضعف . وحديث الخدرى فيه أبوهارون العبدى قال ابن الجوزى : قال حماد بن زيد : كان كذابا . وقال السغدى مثله مع احتمال كون تينك النعلين تساويان

فى قوله تعالى ـ أن تبتغوا بأموالكم ـ مالا مقدرا ، وبين فى الحديث مقداره وهذا لأن كل مال أوجبه الشرع تولى بيان مقداره كالزكوات والكفارات وغيرها فكذلك المهر . وعن الثانى بأن الأحاديث تدل على مايعجل بالسوق إليها ، أما فى حديث عبد الرحمن فلأنه مصرح به ، وأما فى الحديث الآخر فلأنه أمر ذلك الرجل بالالتماس ، وذلك غير مقدر عندنا وليس كلامنا فيه ، وإنما كلامنا فى الذى يثبت فى الذمة . وعن الثالث بما ذكرنا أن عائشة عملت بخلافه ، ولو لم تعرف نسخه مافعلت ذلك فقام دليل النسخ فى الأولياء دون غيرها ، ولا يلزم من ترك العمل بالذى قام عليه دليل النسخ تركه بما لم يقم ولا التحكم . وقوله (ولأنه حق الشرع) أى المهر حق الشرع

(قوله وعن الثالث إلى قوله : ولو لم تعرف نسخه مافعلت ذلك الخ) أقول : فى الملازمة كلام ، فإنه كثيرا مايقع العمل من الصحابة ، بخلاف الحديث ، إما لعدم وصول الحديث إليه ، وإما لضعفه ، وإما لوجود معارض أقوى منه ، أو يتر كان فيعمل بالقياس لكنه بالحقيقة كلام على السند الأخص .

(١) الأودى بالواو قبل المهملة فى نسخة ، وفى أخرى : الأزدى بالزاى بدل الواو ، فحرر كتبه مصححه .

فيتقدر بما له خطر وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة (ولو سمى أقل من عشرة فلها العشرة) عندنا . وقال زفر : لها مهر المثل لأن تسمية

* عشرة دراهم ، وكون العلائق يراد بها النفقة والكسوة ونحوها إلا أنه أعم من ذلك ، واحتمال « التمس خاتما » فى المعجل وإن قيل إنه خلاف الظاهر لكن يجب المصير إليه لأنه قال فيه بعده « زوجتكها بما معك من القرآن » فإن حمل على تعليمه إياها مامعه أو نفى المهر بالكلية عارض كتاب الله تعالى وهو قوله تعالى بعد عد المحرمات ـ وأحل لكم ماوراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين ـ فقيد الإحلال بالابتغاء بالمال ، فوجب كون الخبر غير مخالف له وإلا لم يقبل مالم يبلغ رتبة التواتر وهى قطعية فى دلالتها لأنه نسخ للقطعى فيستدعى أن يكون قطعيا ، فأما إذا كان خبر واحد فلا ، فكيف واحتمال كونه غير تمام المهر ثابت بناء على ماعهد من أن لزوم تقديم شىء أو ندبه كان واقعا فوجب الحمل على ذلك ، لكن يبقى كون الحمل على ذلك إعمالا لخبر واحد لم يصح عند المحدثين فيستلزم الزيادة على النص به لأنه يقتضى تقييد الإحلال بمطلق المال ، فالقول بأنه لايحل إلا بمال مقدر زيادة عليه بخبر الواحد وأنه لايجوز . فإن قيل : قد اقترن النص نفسه بما يفيد تقديره بمعين وهو قوله تعالى عقيبه ـ قد علمنا مافرضنا عليهم فى أزواجهم وما ملكت أيمانهم ـ ثم ذلك المعين مجمل فيلتحق بيانا بخبر الواحد . قلنا : إنما أفاد النص معلومية المفروض له سبحانه والاتفاق على أنه فى الزوجات والمملوكين ما يكفى كلا من النفقة والكسوة والسكنى فهو مراد من الآية قطعا . وكون المهر أيضا مرادا بالسياق لأنه عقيب قوله ـ خالصة لك ـ يعنى نفى المهر خالصة لك وغيرك ـ قد علمنا مافرضنا عليهم ـ من ذلك فخالف حكمهم حكمك لايستلزم تقديره بمعين. وتقرير المصنف فى تقدير المهر قياس حاصله أن المهر حق الشرع بالآية ، وسببه إظهار الخطر للبضع على ماتقدم ، ومطلق المال لايستلزم الخطر كحبة حنطة وكسرة ، وقد عهد فى الشرع تقدير مايستباح به العضو بما له خطر وذلك عشرة دراهم فى حد السرقة فيقدر به فى استباحة البضع ، وهذا من رد المختلف فيه إلى المختلف فيه ، فإن حكم الأصل ممنوع فإنهم لايقدرون نصاب السرقة بعشرة ، وأيضا المقدر فى الأصل عشرة مسكوكة أو مايساويها ، ولا يشترط فى المهر ذلك ، فلو سمى عشرة تبر تساوى تسعة مسكوكة جاز ، اللهم إلا أن يجعل استدلالا على أنه مقدر خلافا للشافعى فى نفيه (قوله ولو سمى أقل من عشرة فلها العشرة عندنا . وقال زفر : لها مهر المثل) قياسا على عدم التسمية هكذا تسمية الأقل تسمية لايصلح مهرا ، وتسمية مالا يصلح مهرا كعدمها ، فتسمية الأقل كعدم التسمية ، وعدم التسمية فيه مهر المثل ، فتسمية الأقل فيه مهر المثل . وقولنا استحسان ، وله وجهان : أحدهما أن العشرة فى كونها صداقا لاتتجزأ شرعا ، وتسمية بعض مالا يتجزأ ككله ، فهو كما لو تزوج نصفها أو طلق نصف تطليقة حيث ينعقد ويقع طلقة ، فكذا تسمية بعض العشرة . والثانى وهو المذكور فى الكتاب حاصله أن فى المهر حقين :

من حيث وجوبه عملا بقوله تعالى ـ قد علمنا مافرضنا عليهم فى أزواجهم ـ على ماعرف فى الأصول ، وكان ذلك لإظهار شرف المحل (فيتقدر بماله خطر وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة) لأنه يتلف به عضو محترم فلأن يتلف به منافع بضع كان أولى (ولو سمى أقل من عشرة فلها العشرة عندنا . وقال زفر : لها مهر المثل لأن تسمية

(قوله لأنه يتلف به عضو محترم ، فلأن يتلف به منافع بضع كان أولى) أقول : أنت خبير بأن هذا التعليل على تقديره لا يكون إلزاما إلا على النخعى القائل بأن أقل المهر أربعون درهما ، وليس الكلام معه بل مع الشافعى .

مالا يصلح مهرا كانعدامه. ولنا أن فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة ، فأما مايرجع إلى حقها فقد رضيت بالعشرة لرضاها بما دونها ، ولا معتبر بعدم التسمية لأنها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما ، ولا ترضى فيه بالعوض اليسير . ولو طلقها قبل الدخول بها تجب خمسة عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله، وعنده تجب المتعة كما إذا لم يسم شيئا (ومن سمى مهرا عشرة فما زاد

حقها وهو مازاد على العشرة إلى مهر مثلها ، وحق الشرع وهو العشرة ، وللإنسان التصرف فى حق نفسه بالإسقاط دون حق غيره . فإذا رضيت بما دون العشرة فقد أسقطت من الحقين فيعمل فيما لها الإسقاط منه وهو مازاد على العشرة دون ماليس لها وهو حق الشرع فيجب تكميل العشرة قضاء لحقه ، فإيجاب الزائد بلا موجب . فإن قيل : القياس المذكور موجب له ولم يبطل بعد لأنه معارضة . قلنا : إبطاله أن التشبيه المذكور إما فى الحكم ابتداء بأن يدعى اندراج تسمية ما لايصلح فى عدمها ، فثبوت الحكم فيه أعنى وجوب مهر المثل حينئذ بالنص والإجماع دون القياس وحينئذ يمنع الاندراج . وإما فى الجامع وهو القياس ليثبت حكم الجامع فى محل ثبوته فلا بد من تعيينه ليعلم ثبوته فى الفرع إذ قياس الشبه الطردى باطل ، ولا يعلم ماهو إلا أن يعينه عدم القدرة على تسليم شىء إذ لاقدرة على تسليم العدم بوجه وحينئذ تمنع كلية الكبرى لأن عدم القدرة يخص ماليس بمال كالمجهول فاحشا . وإن عينه فوات الخطر الذى وجب لأجله المهر على ماقرر تم . قلنا : فيجب مايتحقق به ولم يتعين مهر المثل لتحققه بالعشرة فالزائد بلا موجب ، وأما إفساد المصنف بقوله ولا معتبر بعدم التسمية الخ يعنى لا نسلم أن كل مايصلح مهرا يكون كعدم التسمية فى إيجاب مهر المثل لأن عدمها قصاراه أن يكون لرضاها بغير مهر فإنه قد يكون لطلبها مهر المثل لمعرفة أنه حكمه ورضاها بلا مهر لايستلزم رضاها بالعشرة فما دونها لأنها قد ترضى بعدمه تكرما على الزوج ولاترضى بالعوض اليسير ترفعا فبعيد عن المبنى . ولو قيل عدم التسمية ظاهر فى القصد إلى ثبوت حكمه من وجوب مهر المثل وليس الثابت فى المتنازع فيه ظهور ذلك وإلا لتركوا التسمية رأسا لأن زيادة التسمية تكلف أمر مستغنى عنه فى المقصود وهو قصد مهر المثل مع أنه مختلف فى كون حكم تسمية مادون العشرة وجوب مهر المثل ، بل الظاهر أنها رضيت بالعشرة لما صرحت بالرضا بما دونها فلا يثبت حكم الأصل فيه لكان أقرب مع أنه لم يمس المبنى . ثم فرّع على الخلاف فقال (ولو طلقها قبل الدخول) أى فى صورة تسمية مادون العشرة (فلها خمسة عند علمائنا الثلاثة) لأن موجب هذه التسمية عشرة (وعنده المتعة) وفى المبسوط : وكذا لو تزوجها على ثوب يساوى

مالا يصلح مهرا كانعدامه) كما فى تسمية الخمر والخنزير وهو القياس . ووجه الاستحسان (أن فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة) إما باعتبار أن العشرة فى كونها صداقا لاتتجزأ ، وذكر بعض مالا يتجزأ كذكر كله ؛ كما لو أضاف النكاح إلى نصفها صح فى جميعها ، وأما حقها وهو مازاد على العشرة فقد رضيت بسقوطه لأن الرضا بما دون العشرة رضا بالعشرة . وإما باعتبار أنها برضاها بما دون العشرة أسقطت حقها وحق الشرع على ماقررناه ، فما كان حقها فقد سقط لولايتها على نفسها ، وما كان حق الشرع فلم يسقط لعدم الولاية عليه . وقوله (ولا معتبر بانعدام التسمية) جواب عن قوله كانعدامه : يعنى ليس هذا القياس صحيحا (لأنها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما ولا ترضى فيه بالعوض اليسير) فلا يكون عدم التسمية دليلا على الرضا بالعشرة فلذلك لم تجب العشرة ، وإنما يجب مهر المثل بخلاف الرضا بما دون العشرة فإنه رضا بها لامحالة (ولو طلقها قبل الدخول بها وجب خمسة عندهم) ووجبت المتعة عنده كما إذا لم يسم شيئا . وقوله (ومن سمى مهرا عشرة)

فعليه المسمى إن دخل بها أومات عنها) لأنه بالدخول يتحقق تسليم المبدل وبه يتأكد البدل ، وبالموت ينتهى النكاح نهايته ، والشىء بانتهائه يتقرر ويتأكد فيتقرر بجميع مواجبه (وإن طلقها قبل الدخول بها والخلوة فلها نصف المسمى) لقوله تعالى - وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن - الآية ،

خمسة فلها الثوب وخمسة خلافا له . ولو طلقها قبل الدخول فلها نصف الثوب ودرهمان ونصف وعنده المتعة ، وتعتبر قيمة الثوب يوم التزوّج عليه ، وكذا لو سمى مكيلا أو موزونا لأن تقدير المهر واعتباره عند العقد . وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه فى الثوب تعتبر قيمته يوم القبض ، وفى المكيل والموزون يوم العقد ، لأن المكيل والموزون يثبت فى الذمة ثبوتا صحيحا بنفس العقد ، والثوب لايثبت ثبوتا صحيحا بل يتردد بينه وبين القيمة فلذا تعتبر قيمته وقت القبض اهـ . وعلم مما ذكر أن المراد ثوب بغير عينه أما لو كان بعينه فإنها تملكه بنفس العقد كما ستعلم (قوله فلها المسمى إن دخل بها الخ) هذا إذا لم تكسد الدراهم المسماة ، فإن كان تزوّجها على الدراهم التى هى نقد البلد فكسدت وصار النقد غيرها فإنما على الزوج قيمتها يوم كسدت على المختار ، بخلاف البيع حيث يبطل بكساد الثمن قبل القبض على ماستعرف (قوله وبه يتأكد البدل) أى يتأكد لزومه فإنه كان قبل لازما ، لكن كان على شرف السقوط بارتدادها وتقبيلها ابن الزوج بشهوة (قوله والشىء بانتهائه يتقرر) لأن انتهاءه عبارة عن وجوده بتمامه فيستعقب مواجبه الممكن إلزامها من المهر والإرث والنسب بخلاف النفقة ، ويعلم من هذا الدليل أن موتها أيضا كذلك ، فالاقتصار على موته اتفاق ، ولا خلاف للأربعة فى هذه سواء كانت حرة أو أمة (قوله وإن طلقها قبل الدخول والخلوة) أى بعد ماسمى (فلها نصف المهر) ثم إن كانت قبضت المهر فحكم هذا التنصيف يثبت عند زفر بنفس الطلاق ويعود النصف الآخر إلى ملك الزوج . وعندنا لايبطل ملك المرأة فى النصف إلا بقضاء أو رضا لأن الطلاق قبل الدخول أوجب فساد سبب ملكها فى النصف ، وفساد السبب فى الابتداء لايمنع ثبوت ملكها بالقبض فأولى أن لايمنع بقاءه فيتفرع على الخلاف مالو أعتق الزوج الجارية : أى الممهورة بعد الطلاق قبل الدخول وهى مقبوضة للمرأة نفذ عتقه فى نصفها عنده ، وعندنا لاينفذ فى شىء منها . ولو قضى القاضى بعد عتقها بنصفها له لاينفذ ذلك العتق لأنه عتق سبق ملكه كالمقبوض بشراء فاسد إذا أعتقه البائع ثم رد عليه لاينفذ ذلك العتق الذى كان قبل الرد ، ولو أعتقتها المرأة قبل الطلاق نفذ فى الكل ، وكذا إن باعت

اعلم أن المهر بعد وجوبه بالتسمية أو بنفس العقد يتقرر بأحد الأمرين بالدخول وما قام مقامه من الخلوة الصحيحة وبالموت ، أما الدخول فلأنه يتحقق به تسليم المبدل وهو البضع (وبه) أى بتسليم المبدل (يتأكد تسليم البدل) وهو المهر كما فى تسليم المبيع فى باب البيع يتأكد به وجوب تسليم الثمن ، فإن وجوب الثمن قبل ذلك لم يكن متأكدا لكونه على عرضية أن يهلك المبيع فى يد البائع وينفسخ العقد وبتسليمه يتأكد وجوب الثمن على المشترى ، وكذلك وجوب المهر كان على عرضية أن يسقط بتقبيل ابن الزوج أو الارتداد والعياذ بالله وبالدخول تأكد . وأما الموت فلأن النكاح ينتهى به نهايته حيث لم يبق قابلا للرفع (والشىء بانتهائه يتقرر ويتأكد فيجب أن يتقرر بجميع مواجبه) الممكن تقريرها لوجود المقتضى وانتفاء المانع كالإرث والعدة والمهر والنسب . وقلنا مواجبه الممكن تقريرها احترازا عن النفقة وحل التزوّج بعد انقضاء العدة فإن النفقة لاتجب بعد الموت ويحل لها التزوّج بعد انقضائها ولم يحل وقت النكاح ، وأما الذى يقوم مقام الدخول فهو الخلوة الصحيحة ، ويعلم حكمه من قوله (فإن طلقها قبل الدخول والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى - وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم)

والأقيسة متعارضة ، ففيه تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره وفيه عود المعقود عليه إليه سالما فكان المرجع

أو وهبت لبقاء ملكها فى الكل قبل القضاء والتراضى عندنا . وإذا نفذ تصرفها فقد تعذر عليها رد النصف بعد وجوبه فتضمن نصف قيمتها للزوج يوم قبضت . ولو وطئت الجارية بشبهة فحكم العقر كحكم الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل كالأرش لأنه بدل جزء من عينها فإن المستوفى بالوطء فى حكم العين دون المنفعة وسنذكر حكم الزيادة المذكورة . وإزالة البكارة بلا دخول كمن تزوج ببكر فدفعها فزالت بكارتها ليس كالدخول بها فلا يوجب إلا نصف المهر عند أبى حنيفة ، وعند محمد يجب كماله . واختلفت الرواية عن أبى يوسف فقيل هو مع محمد ، وقيل مع أبى حنيفة (قوله والأقيسة متعارضة) جواب عن سؤال مقدر وهو أن الآية وهى قوله تعالى - فنصف مافرضتم - عام فى المفروض أعطى حكم التنصيف ؛ وقد خص منه ما إذا كان المفروض نحو الخمر وما إذا سمى بعد العقد الخالى عن التسمية فإنه لايتنصف بالطلاق قبل الدخول فجاز أن يعارضه القياس إن وجد وقد وجد . وهو أن فى طلاقه قبل الدخول تفويت الملك على نفسه باختياره فكان كإعتاق المشترى العبد المبيع أو إتلاف المبيع ومقتضاه وجوب تمام المسمى . أو يقال هو رجوع المبدل إليها سالما فكان كما إذا تقايلا قبل القبض فى البيع يسقط كل الثمن ؛ فقال : الأقيسة متعارضة فإن مقتضى الأول وجوب المسمى بتمامه كما ذكرنا ؛ ومقتضى الثانى لايجب لها شىء أصلا فتساقطا فبقى النصف على ماكان عليه فكان المرجع إليه ، وعلى هذا يسقط ما أورد من أن مقتضى العبارة أن المصير إلى النص بعد تعارض القياسين لكن الحكم على عكسه لأن ذلك فى نص لايعارضه القياس ، ومن أن القياسين إذا تعارضا لايتركان بل يعمل المجتهد بشهادة قلبه فى أحدهما لأن ذلك فيما إذا لم يكن عموم نص

وهو نص صريح فى الباب فيجب العمل به . وقوله (والأقيسة متعارضة) جواب عما يقال : ينبغى أن يسقط كل البدل ، لأن بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه سالما إليها فيجب أن يسقط كل البدل كما إذا تبايعا ثم تقايلا . ووجهه أن الأقيسة متعارضة قياس يقتضى ذلك كما ذكرت ، وقياس آخر يقتضى وجوب كل المهر لأنه فوت ماملكه باختياره وذلك يقتضى وجوب كل المهر كالمشترى إذا أتلف المبيع قبل القبض ، وإذا تعارض القياسان وجب المصير إلى النص . وفيه بحث من أوجه : الأول أن القياس الواحد لاوجود له على مخالفة النص فضلا عن الأقيسة والثانى أن التعارض إذا ثبت بين الحجتين كان المصير إلى مابعدهما لا إلى ماقبلهما . والثالث أن القياسين لايتعارضان ، ولو ثبت التعارض صورة لم يتركا . بل يعمل المجتهد بأيهما شاء . وأجيب عن الأول بأن ذكر معارضة القياسين ههنا ليس لإثبات الحكم بهما أو بأحدهما بل لبيان أن العمل بهما غير ممكن لتعارضهما أو لمخالفة كل منهما النص ، فصار كأنه قال : فوجب العمل علينا بظاهر النص من غير رجوع إلى

(قال المصنف : والأقيسة متعارضة) أقول : مراده القياسان ، وهو جواب سؤال مقدر كأنه قيل : من الأحكام الشرعية ماثبت بالأدلة الأربعة ، ومنها بثلاث منها ، ومنها باثنين ، فهل يجوز أن يثبت هذا الحكم بالقياس أيضا كما يثبت بالنص ؟ فأجاب بأن الأقيسة متعارضة مع مخالفتها النص أيضا ، فلا يمكن العمل بها ، فكان المرجع النص فقط فليتأمل هذا مالاح لى (قوله لأنه فوت ماملكه الخ) أقول : إن أراد أنه فوته عن نفسه فمسلم ، ولكن لايستقيم القياس بإتلاف المبيع ، فإن الواقع هنا ليس إتلاف البضع بل تسليمه إلى صاحبه سالما ، وإن أراد أنه أتلفه فقد عرفت حاله ، والأظهر جعل المقيس عليه إعتاق المبيع فليتأمل (قوله وفيه بحث من أوجه : الأول أن القياس الواحد لاوجود له على مخالفة النص فضلا عن الأقيسة) أقول : أى لاوجود له شرعا بحيث يترتب عليه الآثار بأن يعمل به . ومورد السؤال مايفهم من كلام المصنف من أنه لو تعارض القياسين لعمل بأحدهما ، وأنت خبير أن قوله فضلا عن الأقيسة محل بحث (قوله وأجيب عن الأول الخ) أقول : المجيب صاحب النهاية (قوله غير ممكن لتعارضهما) أقول : صورة (قوله أو لمخالفة كل منهما النص الخ) أقول : هذا لايدل عليه

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فيه النص ، وشرط أن يكون قبل الخلوة لأنها كالدخول عندنا على مانبينه إن شاء الله تعالى . قال (وإن تزوّجها ولم يسم لها مهرا

يرجع إليه ، لكن تقرير السؤال على الوجه المذكور لايتوجه لأن تمام الآية هو انتصاف المسمى بالطلاق قبل الدخول ، قال الله تعالى ـ وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهنّ وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم ـ فتوجيه السؤال بأن النص قد خص ،وقياس الطلاق قبل الدخول على إتلاف المبيع ونحو ذلك يوجب أن لايجب شئ باطل لأنه حينئذ نسخ لتمام موجب النص لاتخصيص إذا لم يبق تحت النص على ذلك التقرير شيء ، وليس يقسخ العام المخصوص بالقياس بل يخص به فلا يتوجه ليعارض بآخر يمنعه من الإخراج ، وتقريره لا على أنه جواب سؤال يرد عليه ماذكرنا أنه يسقط على ذلك التقرير فلم يكن حاجة فى الإستدلال سوى التعرض للنص إلا أن يكون قصد ذكر الواقع فى نفس الأمر (قوله وشرط) يعنى القدورى فى لزوم نصف المسمى بالطلاق قبل الدخول (أن يكون قبل الخلوة لأنها كالدخول عندنا) فى تأكد تمام المهر بها (قوله وإن تزوّجها ولم يسم لها مهرا الخ) الحاصل أن وجوب مهر المثل حكم كل نكاح لامهر فيه عندنا سواء سكت عن المهر أو شرط نفيه أو سمى فى العقد وشرط ردها مثله من جنسه ، وصورة هذا تزوّجها على ألف على أن تردّ إليه ألفا صح ولها مهر مثلها بمنزلة عدم التسمية لأن الألف بمقابلة مثلها فبقى النكاح بلا تسمية ، بخلاف مالو تزوّجها على ألف على أن ترد عليه مائة دينار جاز ، وتنقسم الألف على مائة دينار ومهر مثلها ، فما أصاب الدنانير يكون صرفا مشروطا فيه التقابض ، وما يخص مهر المثل يكون مهرا ، فإن طلقها قبل الدخول ردت نصف ذلك على الزوج إن كانت قبضت الألف لأن المقابلة هنا بخلاف الجنس وعند اختلاف الجنس تكون المقابلة باعتبار القيمة ، ولو تفرقا قبل التقابض بطل حصة الدنانير من الدراهم . وفى هذه الوجوه إن كانت حصة مهر المثل من الألف أقل من عشرة يكمل لها عشرة . ومن صور وجوبه أن يتزوّجها على حكمها أو حكمه أو حكم آخر لأنه فى الجهالة فوق جهالة مهر المثل ، إلا أن فى الإضافة إلى نفسه إن حكم لها بقدر مهر المثل أو أكثر صح ، أو دونه فلا إلا إن ترضى ، وإليها إن حكمت بمهر مثلها أو أقل جاز أو أكثر فلا إلا أن يرضى ، وإلى الأجنبى إن حكم لها بمهر المثل جاز لابالأقل إلا أن ترضى ، ولا بالأكثر إلا أن يرضى ، وكذا إذا تزوّجها على ما فى بطن جاريته أو أغنامه لايصح . بخلاف خلعها على مافى بطن جاريتها ونحوه يصح . لأن ما فى البطن بعرضية أن يصير مالا بالانفصال وإن لم يكن مالا فى الحال والعوض

القياس والمعقول ، فإنا لو خلينا ومجرد القياس وعملنا به على وجه الفرض والتقدير وإن لم يكن وقت العمل بالقياس من غير نظر إلى النص لزم ترك أحد القياسين فتركناهما جميعا وعملنا بالنص ، وبهذا خرج الجواب عن السؤالين الأخيرين ، فإنه لما لم تكن المعارضة على حقيقتها بل هو قول على سبيل الفرض والتقدير لايرد مايرد فى التعارض ، هذا أحسن ماوجدته فى الاعتذار فى هذا البحث وهو كما ترى . وقوله (وشرط أن يكون قبل الخلوة) قد ظهر معناه مما تقدم قال (وإن تزوّجها ولم يسم لها مهرا) للمفوّضة والتى شرط فى نكاحها أن لامهر لها مهر المثل إذا

كلام المصنف (قوله هذا أحسن ما وجدته فى الاعتذار الخ) أقول : وأحسن من هذا ما ذكره العلامة الزيلعى فى شرح الكنز : لو ثبت تخصيص النص بالمس والخلوة فراجعه (قوله للمفوضة الخ) أقول : قال الإتقانى : المفوضة التى فوضت نفسها بلا مهر

أو تزوّجها على أن لامهر لها فله مهر مثلها إن دخل بها أو مات عنها) وقال الشافعى : لايجب شيء فى الموت ، وأكثرهم على أنه يجب فى الدخول . له أن المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من إسقاطه انتهاء ولنا أن المهر وجوبا حق الشرع على مامر ، وإنما يصير حقها فى حالة البقاء فتملك الإبراء دون النفى (ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة) لقوله تعالى ـ ومتعوهن على الموسع قدره ـ الآية .

فى الخلع يحتمل الإضافة كالخلع ، بخلاف النكاح لايحتملها فلا يحتملها بدله ، ومثله مايخرجه نخله وما يكسبه غلامه (قوله أو مات عنها) وكذا إذا ماتت هى فإنه يجب أيضا مهر المثل لورثتها (قوله وقال الشافعى) يعنى فى قول عنه (لايجب فى الموت شىء) للمفوّضة وهو قول مالك فى صورة نفى المهر وقوله الآخر كقولنا (قوله وأكثرهم) أى أكثر أصحابه (قوله له أن المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من إسقاطه انتهاء) أى بعد التسمية . ولا يخفى أن هذا الاستدلال يقتضى نفى وجوبه مطلقا قبل الدخول وبعده وهو خلاف مانقله عن الأكثر . ولأن عمر وابنه وعليا وزيدا رضوان الله عليهم قالوا فى المفوّضة نفسها : حسبها الميراث . ولنا أن سائلا سأل عبد الله بن مسعود عنها فى صورة موت الرجل فقال : بعد شهر أقول فيه بنفسى . فإن يك صوابا فمن الله ورسوله ، وإن يك خطأ فمن نفسى . وفى رواية : فمن ابن أم عبد . وفى رواية : فمنى ومن الشيطان ، والله ورسوله عنه بريئان . أرى لها مهر مثل نسائها لا وكس ولا شطط . فقام رجل يقال له معقل بن سنان وأبو الجراح حامل راية الأشجعيين فقالا : نشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى امرأة منا يقال لها بروع بنت واشق الأشجعية بمثل قضائك هذا ، فسر ابن مسعود سرورا لم يسرّ مثله قط بعد إسلامه . وبروع بكسر الباء الموحدة فى المشهور ويروى بفتحها هكذا رواه أصحابنا . وروى الترمذى والنسائى وأبو داود هذا الحديث بلفظ أخصر ، وهو أن ابن مسعود قال فى رجل تزوّج امرأة فمات عنها ولم يدخل بها ولم يفرض لها الصداق : لها الصداق كاملا وعليها العدة ولها الميراث . فقال معقل بن سنان : «سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى بروع بنت واشق بمثله» . هذا لفظ أبى داود ، وله روايات أخر بألفاظ أخر . قال البيهقى : جميع روايات هذا الحديث وأسانيدها صحاح . والذى روى من ردّ علىّ رضى الله عنه له فلمذهب تفرد به وهو تحليف الراوى إلا أبا بكر الصديق ، ولم ير هذا الرجل ليحلفه لكنه لم يصح عنه ذلك ، وممن أنكر ثبوتها عنه الحافظ المنذرى (قوله ولنا أن المهر وجب حقا للشرع) أى وجوبه ابتداء حق الشرع لما قدمنا آنفا ، وإنما يصير حقها فى حالة البقاء : أى بعد وجوبه على الزوج ابتداء بالشرع يثبت لها شرعا حق أخذه فتتمكن حينئذ من الإبراء لمصادفته حقها دون

دخل بها أو مات عنها ، وكذا إذا ماتت (وقال الشافعى : لايجب شيء فى الموت . وأكثر أصحابه على أنه يجب فى الدخول . له أن المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من إسقاطه انتهاء . ولنا أن المهر وجوبا حق الشرع كما مر ، وإنما يصير حقها حالة البقاء فتملك الإبراء دون النفى) لأن الأصل أن يلاقى التصرف ماتملكه دون مالا تملكه (ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة لقوله تعالى ـ ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ـ) ووجه الاستدلال أن الله تعالى قال ـ لاجناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن ـ

(قال المصنف له أن المهر خالص حقها الخ)أقول : قال ابن الهمام : لايخفى أن هذا الاستدلال يقتضى نفى وجوبه مطلقا قبل الدخول وبعده وهو خلاف مانقله عن الأكثر اهـ فيه تأمل (قوله إن الله تعالى قال ـ لاجناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن ـ) أقول : قال القرطبى

ثم هذه المتعة واجبة رجوعا إلى الأمر ، وفيه خلاف مالك (والمتعة ثلاثة أثواب من كسوة مثلها) وهي درع وخمار وملحفة . وهذا التقدير مروى عن عائشة وابن عباس رضى الله عنهما . وقوله من كسوة مثلها

نفيه ابتداء عن أن يجب (قوله ثم هذه المتعة) أى متعة المطلقة قبل الدخول التى لم يفرض لها مهر فى العقد (واجبة) عندنا وعند الشافعى وأحمد وخصها احترازا عن غيرها من النساء فإن المتعة لغيرها مستحبة إلا لمن سنذكر . وقوله (رجوعا إلى الأمر) هو قوله تعالى ـ ومتعوهن ـ عقيب قوله ـ لاجناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ـ أى ولم تفرضوا لهن فريضة فانصرف إلى المطلقات قبل الفرض والمسيس . بخلاف المدخول بها فإن المتعة مستحبة لها فرض لها أولا (قوله وفيه خلاف مالك) فمذهبه استحباب المتعة فى هذه الصورة وغيرها من الصور إلا المطلقة قبل الدخول بعد الفرض إلا أن تجيء الفرقة من جهتها فى جميع الصور . ووجه قوله تعليقه بالمحسن : أعنى الأمر المذكور لقوله سبحانه عقيبه ـ حقا على المحسنين ـ وهم المتطوعون ، فيكون ذلك قرينة صرف الأمر المذكور إلى الندب . والجواب منع قصر المحسن على المتطوع بل هو أعم منه ومن القائم بالواجبات أيضا فلا ينافى الوجوب فلا يكون صارفا للأمر عن الوجوب مع ما انضم إليه من لفظ حقا وعلى (قوله والمتعة ثلاثة أثواب من كسوة مثلها وهى درع وخمار وملحفة) قدر بها لأنها اللبس الوسط لأنها تصلى وتخرج غالبا فيها . وفى المبسوط : أدنى المتعة درع وخمار وملحفة (وهذا التقدير مروى عن عائشة وابن عباس) ومن بعدهم سعيد

والفريضة هى المهر : أى لاجناح عليكم فى الطلاق فى الوقت الذى لم يحصل المساس ، وفرض الفريضة وأمر بالمتعة مطلقا وهو على الوجوب وقال ـ حقا ـ وذلك يقتضيه أيضا وذكر بكلمة على (وهذه المتعة واجبة) عندنا (رجوعا إلى الأمر) وغيره (وفيه خلاف مالك) فإنها عنده مستحبة فى جميع الصور لأن الله تعالى سماها إحسانا بقوله تعالى ـ حقا على المحسنين ـ وأجيب بأن ذلك مصروف إلى التى لها مهر أو نصف مهر لئلا يعارض الأمر . وفيه نظر لأن متاعا مصدر مؤكد لقوله تعالى ـ متعوا ـ والمراد به هذه المتعة الواجبة فكيف ينصرف إلى المستحب . والأولى أن يقال : الأمر وكلمة على فى ـ على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ـ و ـ متاعا ـ و ـ حقا وكلمة ـ على ـ فى قوله ـ على المحسنين ـ كلها تقتضى الوجوب وتأكيده ، فإما أن تبطل ذلك كله لأجل لفظ الإحسان أو تؤوله لا أراك تعدل عن التأويل فتؤول بأن معناه على المحسنين الذين يقيمون الواجب ويزيدون على ذلك إحسانا منهم . والله أعلم (والمتعة ثلاثة أثواب من كسوة مثلها وهى درع وملحفة وخمار) فإن كانت من السفلة فمن الكرباس ، وإن كانت وسطا فمن القز ، وإن كانت مرتفعة الحال فمن الإبريسم (وهذا التقدير) أى تقدير العدد (مروى عن عائشة وابن عباس) وذلك لأن المرأة تصلى فى ثلاثة أثواب وتخرج فيها عادة فتكون متعتها كذلك .

فى تفسيره : إن لفظة ما موصولة فى قوله تعالى ـ مالم تمسوهن ـ (قوله وهو على الوجوب) أقول : قوله هو راجع إلى الأمر : يعنى أن أمره على الوجوب (قوله لأن الله تعالى سماها إحسانا الخ) أقول : والإحسان هو التطوع (قوله وفيه نظر لأن متاعا مصدر مؤكد الخ) أقول : فيه أن للمجيب أن يقول المصروف إلى التى لها مهر أو لنصفه هو قوله تعالى ـ حقا على المحسنين ـ فقوله تعالى ـ حقا ـ مصدر مؤكد : أى حق حقا ، فالمراد من ضمير حق تمتيع من سمى لها مهر لدفع التعارض ، ولا يتوجه عليه أن متاعا مصدر الخ (قوله ويزيدون على ذلك إحسانا بهم) أقول : فيه بحث ، فإنه يوهم أن لايجب على غير من يفعل ذلك وليس كذلك . والأحسن أن يقال : المراد الذين يحسنون إلى أنفسهم لمسارعة إلى الامتثال أو إلى المطلقات بالتمتيع ، وسماهم محسنين للمشارفة ترغيبا وتحريضا كذا فى تفسير القاضى ، وقد ذكر العلماء غير ذلك أيضا (قال المصنف : والمتعة ثلاثة أثواب ، إلى قوله : مروى عن عائشة وابن عباس رضى الله عنهما) أقول : تقييد إطلاق الآية لايكون

إشارة إلى أنه يعتبر حالها وهو قول الكرخي فى المتعة الواجبة لقيامها مقام مهر المثل . والصحيح أنه يعتبر حاله عملا بالنص وهو قوله تعالى ـ على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ـ ثم هى لاتزاد على نصف مهر مثلها ولا تنقص

ابن المسيب والحسن وعطاء والشعبي ، وحيث قدروها به مع فهم اللغة يعرف منه أن لفظ متعة لايقال فى إعطاء الدراهم بل فيما سواها من الأثاث والأمتعة . وهو المتبادر إلى الفهم أيضا فلا تقدر بالدراهم وإن لم يمتنع أن يقع على الدراهم أيضا لأن الشأن فى المتبادر من اللفظ . وعن الشافعي تقديرها بثلاثين . ولا باجتهاد الحاكم وإنما يجتهد ليعرف حال من يعتبر بحاله من الزوجين أو حالهما لأن الأثواب معتبرة بحالهما على ماهو الأشبه بالفقه لأن فى اعتبار حاله تسوية بين الشريفة والخسيسة وهو منكر بين الناس . وقيل يعتبر حالها وهو الذى يشير إليه قول القدورى من كسوة مثلها ؛ وهو قول الكرخي لقيام هذه المتعة مقام مهر المثل فإنها إنما تجب عند سقوطه وفيه يعتبر حالها فكذا فى خلفه ، وهكذا فى النفقة والكسوة ، فإن كانت من السفل فمن الكرباس . وإن كانت وسطا فمن القز ، وإن كانت مرتفعة الحال فمن الإبريسم . وإطلاق الذخيرة كونها وسطا لابغاية الجودة ولا بغاية الرداءة لايوافق رأيا من الثلاثة الاعتبار بحاله أو حالها أو حالهما . وقيل يعتبر حاله وهو اختيار المصنف ، وصححه عملا بالنص وهو قوله تعالى ـ على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ـ وقد يقال : إن هذا يناقض قولهم إن المتعة لاتزاد على نصف مهر المثل لأنها خلفه . فإن كانا سواء فالواجب المتعة لأنها الفريضة بالكتاب العزيز ، وإن كان نصف مهر المثل أقل من المتعة فالواجب الأقل إلا أن ينقص عن خمسة فيكمل لها الخمسة . وهذا كله نص الأصل والمبسوط وهو صريح فى اعتبار حالها ، وهذا لأن مهر المثل هو العوض الأصلى لكنه تعذر تنصيفه لجهالته فيصار إلى المتعة خلفا عنه فلا تجوز الزيادة على نصف المهر ولا ينقص عن الخمسة لأن أقل المهر عشرة . ومنع الشافعي اعتبار المتعة بمهر المثل لأنه سقط بالطلاق قبل الدخول فلا معنى لاعتباره بعد ذلك . أجيب بأن النكاح الذى فيه التسمية بالمال أقوى من نكاح لاتسمية فيه . وفى الأقوى لايجب بالطلاق قبل الدخول أكثر من نصف ماكان واجبا قبله ، فكذا فى النكاح الذى لاتسمية فيه ، وكان الواجب قبل الدخول مهر المثل فلا يزاد بالطلاق قبل الدخول على نصفه ، ثم لا تجب المتعة إلا إذا كانت الفرقة من جهته كالفرقة بالطلاق والإيلاء واللعان والجب والعنة وردته وإبائه وتقبيله أمها أو ابنتها بشهوة ، وإن جاءت الفرقة من جهتها فلا تجب كردتها وإبائها الإسلام وتقبيلها ابنه بشهوة والرضاع وخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة ، وكما لاتجب المتعة بسبب مجىء الفرقة من قبلها

وقوله (لقيامها مقام مهر المثل) قال فى النهاية : كان من حقه أن يقول لقيامها مقام نصف مهر المثل لأن المهر التام لم يجب فى صورة من الصور إذا طلقت قبل الدخول ولكن مراده إلحاق المتعة بنفس مهر المثل فى اعتبار حالها من غير نظر إلى تمام مهر المثل أو نصفه ، وفى مهر المثل المعتبر حالها فكذا فيما قام مقامه . وقوله (والصحيح أنه يعتبر حاله) هو اختيار أبى بكر الرازى (عملا بالنص ؛ وهو قوله تعالى ـ على الموسع قدره ـ) أى على الغنى بقدر حاله (وعلى المقتر) أى على الفقير المقل بقدر حاله . ثم المتعة إما أن تكون زائدة على نصف مهر المثل أو لا ، فإن كانت زائدة فلها نصف مهر المثل لأن مهر المثل هو العوض الأصلى . ولكن تعذر تنصيفه لجهالته فيصار إلى

إلا بالخبر المشهور لاأقل فليتأمل (قوله قال فى النهاية ، إلى قوله : فكذا فيما قام مقامه) أقول : إلى هنا كلام النهاية (قوله ولكن تعذر تنصيفه لجهالته الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه إذا تعذر تنصيفه للجهالة كيف يعلم أنه زائد على نصف مهر المثل أو مساو أو ناقص ، فإن ذلك فرع

عن خمسة دراهم ، ويعرف ذلك فى الأصل (وإن تزوّجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسمية فهى لها إن دخل بها أو مات عنها ، وإن طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة) وعلى قول أبى يوسف الأول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعى لأنه مفروض فيتنصف بالنص . ولنا أن هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا يتنصف

لا تستحب لها أيضا لجنايتها ، ومقتضى هذا أن لا تستحب فى خيارها فينبغى أن يقال لجنايتها أو رضاها به واستحباب المتعة لإيحاشها بالطلاق ، وكذا لو فسخه بخيار البلوغ أو اشترى هو أو وكيله منكوحة أو باعها المولى من رجل ثم اشتراها منه الزوج تجب المتعة ، وفى كل موضع لا تجب فيه المتعة عند عدم التسمية لا يجب نصف المسمى عند وجودها ، وفى كل موضع تجب فيه يجب ، والواجب بالعقد هو المسمى أو مهر المثل إن لم يسم ، ثم بالطلاق قبل الدخول يسقط نصفه ، وقيل كله ، ثم يجب النصف بطريق المتعة (قوله وعلى قول أبى يوسف الأول) إشارة إلى أن قوله الآخر كقولهما (قوله فيتنصف بالنص) يعنى قوله تعالى ـ فنصف مافرضتم ـ فإنه يتناول مافرض فى العقد أو بعده بتراضيهما أو بفرض القاضى فإن لها أن ترفعه إلى القاضى ليفرض لها إذا لم يكن فرض لها فى العقد (قوله أن هذا الفرض تعيين لمهر المثل) وذلك لأن هذا العقد حين انعقد كان موجبا لمهر المثل لأن ذلك حكم العقد الذى لم يسم فيه مهر ، وثبوت الملزوم لا يتخلف عنه ثبوت اللازم ، فإذا كان الثابت به لزوم مهر المثل لا يتنصف إجماعا فلا يتنصف مافرض بعد العقد . والفرض المنصف فى النص : أعنى قوله تعالى ـ فنصف مافرضتم ـ يجب حينئذ حمله على المفروض فى العقد بالضرورة ، لأنا لما بينا أن المفروض بعد عقد لا تسمية فيه هو نفس خصوص مهر مثل تلك المرأة وأن الإجماع على عدم انتصافه لزم بالضرورة أن المتنصف بالنص مافرض فى العقد ، على أن

خلفه وهو المتعة فلا تزاد على نصف مهر المثل وإن لم تكن ، فإما أن تكون مساوية له أو لا ، فإن كانت مساوية فلها المتعة اتباعا للنص ، وإن لم تكن ، فإما أن تكون أقل من خمسة دراهم أو لا ، فإن كانت فلها الخمسة لأن المهر هو الأصل والمتعة خلفه ، ولا مهر أقل من عشرة دراهم فلا متعة أقل من خمسة دراهم ، وإن لم تكن فلها المتعة بالنص . فإن قيل : نص المتعة مطلق عن هذه التفاصيل ففيها تقييد له وهو نسخ . فالجواب أن قوله تعالى ـ قد علمنا مافرضنا عليهم فى أزواجهم ـ دل على أن المهر مقدر شرعا ، والإيجاب بالتسمية فى مهر من يعتبر فى مهره مهر المثل بيان لذلك المقدر المجمل ، وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام « لا مهر أقل من عشرة دراهم » فكان معارضا لآية المتعة ، والتفصيل على الوجه المذكور توفيق بينهما ، فتأمل إن كان القواعد الأصولية على ذكر منك (وإن تزوّجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسمية مهر فهى لها إن دخل بها أو مات عنها) بالاتفاق (وإن طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة ، وعلى قول أبى يوسف الأول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعى لأنه مفروض) والمفروض يتنصف بالطلاق قبل الدخول لقوله تعالى ـ فنصف مافرضتم ـ (ولنا أن هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل) إذ لو لم يكن كذلك لوجب عليه إذا دخل بها مهر المثل والمفروض جميعا ،

معلومية النصف ، ثم كيف يصار إلى خلفه وقد علم وزالت الجهالة قبل المصير إلى الخلف فهذا خلف (قوله فالجواب أن قوله تعالى ـ قد علمنا مافرضنا عليهم ـ إلى قوله فكان معارضها لآية المتعة) أقول : فيه بحث ، فإن الإشارة لا تعارض العبارة ، ولو سلم فلم لا يجوز أن يكون إيجاب المتعة المقدرة بما قدر بيانا لذلك المقدر المجمل فى خصوص المفوضة والتى شرط فى نكاحها أن لا مهر لها إذا طلقت قبل الدخول والخلوة الصحيحة ، ولو سلم فلا دلالة فى التى تلاها على عموم الأحوال والأزمان ، فيتأتى التوفيق بحمل آية المتعة على حال الطلاق قبل الدخول فيما

فكذا مانزل منزلته ، والمراد بما تلا الفرض فى العقد إذ هو الفرض المتعارف . قال (وإن زاد لها فى المهر بعد العقد لزمته الزيادة) خلافا لزفر ، وسنذكره فى زيادة الثمن والمثمن إن شاء الله تعالى (و) إذا صحت الزيادة (تسقط بالطلاق قبل الدخول) وعلى قول أبى يوسف أولا تنتصف مع الأصل

المتعارف هو الفرض فى العقد حتى كان المتبادر من قولنا فرض لها الصداق أنه أوجبه فى العقد فيقيد لذلك نص مافرضتم به ضرورة أن المخبر عنه بفرضتم هو الفرض الواقع فى العقد ، وهذا من المصنف تقييد بالعرف العملى بعد مامنع منه فى الفصل السابق حيث قال : أو هو عرف عملى ، ولا يصلح مقيدا للفظ ، وقدمنا أن الحق التقييد به . وفى الغاية والدراية : لايتناول غيره : أى غير المفروض فى العقد إذ المطلق لاعموم له وليس بشىء ، لأن المطلق هو المتعرض لمجرد الذات فيتناول المفروض على أى صفة كانت سواء كان فى العقد أو بعده بتراضيهما أو بفرض القاضى عليه لو رافعته ليفرض لها . فالصواب ماذكرنا من أن المفروض بعد العقد نفس مهر المثل ، وأن الفرض لتعيين كميته ليمكن دفعه ، وهو لاينتصف إجماعا فتعين كون المراد به فى النص المعارف دون غيره مما يصدق عليه لغة لما بينا ، ولأن غيره غير متبادر لندرة وجوده .

[فرع] لو عقد بدون التسمية ثم فرض لها دارا بعد العقد فلا شفعة فيها للشفيع لما قلنا إن المفروض بعده تقرير مهر المثل ومهر المثل بدل البضع فلا شفعة فيه ، ولهذا لو طلقها قبل الدخول بها كان عليها أن ترد الدار وترجع على الزوج بالمتعة ، بخلاف مالو كان مسمى فى العقد ثم باعها به الدار فإن فيها الشفعة لأنها ملكت الدار شراء بالمهر ، وإن طلقها قبل الدخول بها فالدار لها وترد نصف المسمى على الزوج لأنها صارت مستوفية للصداق بالشراء والشراء لايبطل بالطلاق (قوله لزمته الزيادة خلافا لزفر) والشافعى لأنها لو صحت بعد العقد لزم كون الشىء بدل ملكه . قلنا : اللزوم منتف على تقدير الالتحاق بأصل العقد ، وينتقض بالعوض عن الهبة بعد عقدها ، والدليل على الصحة قوله تعالى - ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة - فإنه يتناول ماتراضيا على إلحاقه وإسقاطه . ومن فروع الزيادة مالو راجع المطلقة الرجعية على ألف فإن قبلت لزمت وإلا فلا لأن هذه زيادة وقبولها شرط فى اللزوم . ويناسب هذه مسألة التواضع لما فيها من تعدد التسمية لو تواضعا فى السر على مهر وعقدا فى العلانية بأكثر منه إن اتفقا على أن العلانية هزل فالمهر مهر السر ، وإن اختلفا فادعى الزوج المواضعة وأنكرت فالقول لها ، هذا إن اتحد الجنس ، فإن اختلف فإنه ينعقد بمهر المثل . ولو عقدا فى السر بألف وأظهر ألفين فكذلك إن اتفقا على المواضعة فالمهر ما فى السر ، أو اختلفا فالقول للمرأة فى دعوى الجد فيلزمه مهر

أما مهر المثل فلأنه الواجب بهذا العقد ابتداء لعدم التسمية ، وأما المفروض فبحكم التسمية وكان كما إذا سمى لها مهرا ثم زاد لها شيئا فإنهما يلزمان على تقديرى الدخول والموت لكنه يسقط مهر المثل ويلزمه المفروض وكان تعيينا له ، ومهر المثل لاينتصف (فكذا مانزل منزلته ، والمراد بما تلا) يعنى قوله تعالى - فنصف مافرضتم - (الفرض فى العقد) لأنه هو المتعارف . وقوله (وإن زادها فى المهر بعد العقد لزمته الزيادة خلافا لزفر) فإنه يقول :

لم يسم فيه مهر على ماهو صريح الآية ، وماتلاه على ماعداه ، وعليك بالتأمل فإن الكلام مجالا (قوله أما مهر المثل فلأنه الواجب بهذا العقد) أقول : لم لايجوز أن يكون تأكد وجوبه موقوفا على عدم التسمية بعد العقد ؟ فإذا تراضيا على تسمية المهر لايبقى مهر المثل واجبا فليتأمل ، فإنه يقال أصالة مهر المثل تعينه ، إلا أن ذلك عند أبى حنيفة رحمه الله ، وعندهما الأصالة للمسمى كما سيجىء بعد ثلاث ورقات

لأن التنصيف عندهما يختص بالمفروض فى العقد ، وعنده المفروض بعده كالمفروض فيه

العلانية ، إلا أن يكون أشهد عليها أو على وليها الذى زوّجها منه أن مهرها السر وأقام البينة بذلك فيثبت ما ادعاه . ولو عقدا فى السرّ بألف ثم عقدا فى العلانية بألفين وأشهدا أن العلانية سمعة فالسر ، وإن لم يشهدا قال الصدر الشهيد: عند أبى حنيفة المهر مهر السر . وعند محمد مهر العلانية . وذكر القاضى الإمام أبا يوسف مكان محمد ، وجعل محمدا مع أبى حنيفة قال : لو تزوّج امرأة بألف ثم جدد النكاح بألفى درهم اختلفوا فيه ؛ ذكر خواهر زاده أن على قول أبى حنيفة ومحمد لا تلزم الألف الثانية ، وعلى قول أبى يوسف تلزمه الألف الثانية ، وذكر فى المحيط قول أبى يوسف مع أبى حنيفة . وفى شرح الطحاوى : لو تزوّجها على ألف ثم ألفين لا يثبت الثانى خلافا لأبى يوسف ، وعلل عدم الثبوت بأنهما قصدا إثبات الزيادة فى ضمن العقد ولم يثبت العقد فكذا الزيادة ، فاتفقت هذه النقول على أن قول أبى حنيفة عدم الثانى ، وعلى عكس هذا حكى الخلاف فى الكافى للشيخ حافظ الدين قال : تزوّجها على مهر فى السر بشهادة شاهدين على ألف ثم تزوّجها فى العلانية بألفين فمهرها ألفا درهم ، ويكون هذا زيادة فى المهر عند أبى حنيفة ومحمد . وعند أبى يوسف المهر هو الأول ، وهذا هو ظاهر المنصوص فى الأصل ، وعليه مشى شمس الأئمة أن عند أبى حنيفة : المهر مهر العلانية . قال فى المبسوط : إذا توافقا فى السر بألف وأشهدا أنهما يجددان العقد بألفين سمعة فالمهر هو الأوّل لأن العقد الثانى بعد الأول لغو ، وبالإشهاد علمنا أنهما قصدا الهزل بما سمياه فيه ، وإن لم يشهدا على ذلك فالذى أشار إليه فى الكتاب المهر مهر العلانية ، ويكون هذا منه زيادة لها فى المهر . قالوا : هذا عند أبى حنيفة ، فأما عند أبى يوسف ومحمد المهر هو الأول لأن العقد الثانى لغو ، فما ذكر فيه أيضا من الزيادة يلغو . وعند أبى حنيفة : العقد الثانى إن كان لغوا فما ذكر فيه من الزيادة يكون معتبرا بمنزلة من قال لعبده وهو أكبر منه سنا هذا ابنى لما لغا صريح كلامه عندهما لم يعتق العبد ، وعنده وإن لغا صريح كلامه فى حكم النسب يبقى معتبرا فى حق العتق اهـ كلام شمس الأئمة . وبآخره يخرج الجواب عن المذكور فى شرح الطحاوى من تعليل عدم اعتبار الثانى . قوله أشار فى الكتاب إلى أن المهر مهر العلانية هو والله أعلم بإطلاق اعتبار العلانية فى الأصل ، فإن عبارته فيه : إذا تزوّجها على مهر فى السر وسمع فى العلانية بأكثر منه يؤخذ بالعلانية فالتسميع فى العلانية يشمل ما إذا أشهدا على أن العلانية هزل غير مقصود ، وإذا لم يشهدا على ذلك وما إذا كان التسميع ليس فى ضمن عقد بل مجرّد إظهاره على ماهو عكس أوّل صور المواضعة ونبهنا عليه أو فى ضمنه فما أخرجه الدليل خرج ويبقى الباقى ، ولا اختلاف فى اعتبار الأول إذا أشهدا على هزلية الثانى أو اعترافا به مطلقا فيبقى مالم يشهدا فيه ولم يعترفا به مما هو فى ضمن عقد ثان مرادا قطعا ، وظاهر هذا أنه لاخلاف فيه بينهم ، ولهذا والله سبحانه أعلم ذكر عصام أن عليه ألفين ولم يذكر خلافا ، وإن ذكر فى المحيط عنه أنه ذكر فى كتاب الإقرار أنه لا تثبت الزيادة ، فإذا حكى المشايخ الخلاف يجب كون المذكور قول أبى حنيفة البتة لأنه

الزيادة هبة مبتدأة لا تلتحق بأصل العقد إن قبضت ملكت وإلا فلا ، ووعد المصنف أن يذكره فى باب زيادة الثمن والمثمن فنحن نتبعه فى ذلك . وقوله (لأن التنصيف عندهما يختص بالمفروض فى العقد) يعنى بناء على ماذكره أنه ينصرف إلى المتعارف (وعنده المفروض بعده كالمفروض فيه) عملا بظاهر قوله تعالى ـ فنصف مافرضتم ـ

(قوله وقوله لأن التنصيف عندهما يختص بالمفروض الخ) أقول : فيه تأمل ، فإن المانع من التنصيف وهو القيام مقام مهر المثل غير موجود هنا ، والمقتضى وهو الالتحاق بأصل العقد موجود ، لكنهما يقولان المقتضى هو التسمية عند العقد ، وفيه بحث .

على مامر (وإن حطت عنه من مهرها صح الحط) لأن المهر بقاء حقها والحط يلاقيه حالة البقاء (وإذا خلا الرجل بامرأته وليس هناك مانع من الوطء ثم طلقها فلها كمال المهر) وقال الشافعى : لها نصف المهر لأن المعقود عليه إنما يصير مستوفى بالوطء فلا يتأكد المهر دونه .

وضع الأصل لإفادة قوله وكأن القاضى الإمام قاضيخان إنما أفتى بأنه لايجب بالعقد الثانى شىء إلا إذا عنى به الزيادة فى المهر لما علم أن علة اعتبار العلانية فيما إذا جدّدا ولم يشهدا كونه زيادة . لكن الأوجه الإطلاق . فإن ذلك يقتضى أن يسأل الزوجان عن مرادهما قبل الحكم ، وقد ينكر الزوج القصد وينفتح باب الخصومة من غير حاجة إلى ذلك ، لأنه إذا كان الثابت شرعا جواز الزيادة فى المهر والكلام الثانى يعطيه صادرا من مميز عاقل وجب الحكم بمقتضاه . بل يجب أنه لو ادعى الهزل به لايقبل مالم تقم بينة على اتفاقهما على ذلك . نعم ويخالف أيضا أنه يجب الألفان مع الألف السر فتجتمع عليه ثلاثة آلاف . لأن الأول قد ثبت وجوبه ثبوتا لامردّ له . والمفروض له كون الثانى زيادة فيجب بكماله مع الأول . ومن ثم ذكر فى الدراية عن شرح الإسبيجابى : جدد على ألف آخر تثبت التسميتان عند أبى حنيفة . وعندهما لاتثبت الثانية . وكذا لو راجع المطلقة بألف . وفى النوازل عن الفقيه أبى الليث : إذا جدد يجب كلا المهرين . ووجه من نقل لزوم الثانى فقط اعتبار إرادة الأول فى ضمن الكلام الثانى لأن الظاهر كون المقصود تغيير الأول إلى الثانى . والذى يظهر من الجمع بين كلام القاضى والإطلاق المتضافر عليه كون المراد بكلام الجمهور لزومه إذا لم يشهدا من حيث الحكم . ومراد القاضى لزومه عند الله فى نفس الأمر . ولا شك أنما يلزم عند الله تعالى إذا قصدا الزيادة ، فأما إذا لم يقصدا حتى كانا هازلين فى نفس الأمر فلا يلزم عندّ الله شىء حتى لايطالب به فى القيامة . ويلزم ذلك فى حكم القاضى لأنه يؤاخذه بظاهر لفظه إلا أن يشهدا على خلافه . وما قيل من أنه لايجب المهر الثانى إلا إذا كانت قالت لا أرضى بالمهر الأول أو أبرأته . ثم قالت : لاأقيم معك بدون مهر . فأما إذا لم يكن هذا البساط فلا يجب الثانى قريب من قول القاضى ، وحاصله اعتبار قرينة إرادة الزيادة واختلافهم فيما إذا كان التجديد بعد هبتها المهر الأول أنه هل يكون وجوب الثانى على الخلاف أو أن الاتفاق على عدم وجوبه غير بعيد ، إذ قد يخال كون الزيادة تستدعى قيام المزيد عليه ، وبالهبة انتفى قيامه فلا يتحقق كون الثانى زيادة وهو المحقق لوجوبه . وقد يقال : إنما يستدعى دخوله فى الوجود لابقاءه إلى وقت الزيادة فصلح منشأ للخلاف فى ثبوته على الخلاف أو عدم ثبوته بالاتفاق . وفى الفتاوى : امرأة وهبت مهرها من زوجها ثم إن زوجها أشهد أن لها عليه كذا من مهرها تكلموا فيه . والمختار عند الفقيه أبى الليث أن إقراره جائز إذا قبلت . ووجهه فى التجنيس بوجوب تصحيح التصرف ما أمكن وقد أمكن بأن يجعل كأنه زادها فى المهر ؛ وإنما شرطنا القبول لأن الزيادة فى المهر لاتصح إلا بقبول المرأة اهـ . والخلاف المشار إليه بقوله والمختار فرع الخلاف الذى قبله لأنه فى صورة هبتها المهر . والقيد وهو قبول المرأة صحيح لايخالف المنقول عن أبى حنيفة . وذلك لأن المنقول هو ما إذا حددا وعقدا ثانيا بأكثر مما يفيد اجتماعهما على الأمر الثانى ؛ وذلك يفيد قبولها الثانى بلا شبهة ، بخلاف هذه الصورة فإن المذكور فيها أن الزوج أقر أو أشهد ونحوه وهو لايستلزم ذلك (قوله لأن المعقود عليه) وهو منافع بضعها (إنما يصير مستوفى بالوطء) ولا يجب كمال البدل قبل الاستيفاء فلا

من غير فصل . وقوله (على مامر) يعنى فى المسئلة المتقدمة . قال (وإذا خلا الزوج بامرأته) هذا بيان أن الخلوة الصحيحة بمنزلة الدخول فى حق لزوم كمال المهر وغيره عندنا . خلافا للشافعى فإنه يقول : لها نصف المهر (لأن المعقود عليه) وهو منافع البضع إنما يصير مستوفى بالوطء فلا يتأكد المهر دونه لأن التأكد إنما يكون بتسليم

ولنا أنها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع وذلك وسعها فيتأكد حقها فى البدل اعتبارا بالبيع (وإن كان أحدهما مريضا أو صائما فى رمضان أو محرما بحج فرض أو نفل أو بعمرة أو كانت حائضا فليست الخلوة صحيحة)

يجب كمال المهر قبله (قوله ولنا أنها سلمت المبدل الخ) يتضمن منع توقف وجوب الكمال على الاستيفاء بل على التسليم (قوله اعتبارا بالبيع) والإجارة ، يعنى أن الموجب للبدل تسليم المبدل لاحقيقة استيفاء المنفعة كالبيع والإجارة الموجب فيهما التسليم وهو رفع الموانع والتخلية بينه وبين المسلم إليه وإن لم يستوف المشترى والمستأجر منفعة أصلا ، فكذا فى المتنازع فيه يكون تسليم البضع بذلك بل أولى . وأما قوله تعالى ـ وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة ـ فالمجاز فيه متحتم ، لأنه إن حمل المس على الوطء كما يقول فهو من إطلاق اسم السبب على المسبب . والأوجه أنه من إطلاق اسم المطلق على أخص بخصوصه ، وإن حمل على الخلوة كما نقول فمن المسبب على السبب إذ المس مسبب عن الخلوة عادة وكل منهما ممكن . ويرجح الثانى بموافقة القياس المذكور والحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم « من كشف خمار امرأة أو نظر إليها وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل » رواه الدارقطنى والشيخ أبوبكر الرازى فى أحكامه . وقد يقال : يجب أن لايعتبر هنا خلاف الأول مجاز الإيجاز يعم الحقيقة ، والخلوة لاتصدق على الجماع فلا يكون المس مجازا فيها ، وإلا لزم أنه لو طلقها وقد وطئها بحضرة الناس وجب نصف المهر لأنه طلقها قبل الخلوة ، والفرض أنها المراد بالمس فى النص وهو باطل فلا يحمل على الخلوة . ويجاب بأن ثبوت الكمال فى الصورة المذكورة بالإجماع للإجماع على أنه حينئذ تسليم المبدل مع ادعاء الإجماع على وجوب كماله بالخلوة ، كما نقله الشيخ أبوبكر الرازى فى أحكامه حيث قال : هو اتفاق الصدر الأول . وحكى الطحاوى فيه إجماع الصحابة . وقال ابن المنذر : هو قول عمر وعلى وزيد بن ثابت وعبد الله بن عمر وجابر ومعاذ بن جبل رضى الله عنهم أجمعين . ويوافقه قوله تعالى ـ وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض ـ أوجب جميع المهر بالإفضاء وهو الخلوة لأنه من الدخول فى الفضاء قاله الفراء . وحينئذ فيكون وجوب نصفه بالطلاق قبل الخلوة الذى هو معنى النص مخصوصا أخرج منه الصورة التى أوردناها ، والدليل على وجود المخصص الإجماع المذكور . ومن فروع لزوم المهر بالخلوة لو زنى بامرأة فتزوجها وهو على بطنها فعليه مهران : مهر بالزنا لأنه سقط الحد بالتزوج قبل تمام الزنا ، والمهر المسمى بالنكاح لأن هذا يزيد على الخلوة (قوله وإن كان أحدهما مريضا) شروع فى بيان موانع صحة الخلوة ، وعبارة شرح الطحاوى فيه جامعة ، قال : الخلوة الصحيحة أن يخلو بها فى مكان يأمنان فيه من اطلاع الناس عليهما كدار وبيت دون الصحراء والطريق الأعظم والسطح الذى ليس على جوانبه سترة ، وكذا إذا كان الستر رقيقا أو قصيرا بحيث لو قام إنسان يطلع عليهما يراهما ، وأن لايكون مانع من الوطء حسا ولا طبعا ولا شرعا اهـ . ومن فصل الموانع ذكر منها الرتق والقرن والعفل وأن تكون شعراء أو صغيرة لاتطيق الجماع أو هو صغير لايقدر عليه . وقال بعضهم : إن كان يشتهى وتتحرك آلته ينبغى أن يجب عليه كمال المهر ، وإذا كان معهما ثالث استوى منعه لصحة الخلوة بين أن يكون بصيرا أو

المبدل وتسليمها بالوطء ولم يوجد (ولنا أنها سلمت) وتقريره أن الواجب لايكون إلا مقدورا والمقدور للمرأة تسليم المبدل برفع الموانع وقد وجد منها ذلك فيتأكد حقها فى البدل كما فى البيع ، فإن التخلية فيه برفع الموانع تسليم يجب به تسليم الثمن على المشترى ، وأما ماذكر أن المعقود عليه إنما يصير مستوفى بالوطء فصحيح لكن ذلك تسليم وليس فى قدرة المرأة ذلك فلا تكون مكلفة بذلك . وقوله (وإن كان أحدهما مريضا) بيان لما يكون مانعا

حتى لو طلقها كان لها نصف المهر لأن هذه الأشياء موانع . أما المرض فالمراد منه مايمنع الجماع أو يلحقه به ضرر ، وقيل مرضه لايعرى عن تكسر وفتور . وهذا التفصيل فى مرضها وصوم رمضان لما يلزمه من القضاء والكفارة ، والإحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء ، والحيض مانع طبعا وشرعا (وإن كان أحدهما صائما تطوعا فلها المهر كله) لأنه يباح له الإفطار من غير عذر فى رواية المنتقى ،

أعمى يقظان أو نائما بالغا أو صبيا يعقل ، لأن الأعمى يحس والنائم يستيقظ ويتناوم ، فإن كان صغيرا لايعقل أو مجنونا أو مغمى عليه لايمنع . وقيل المجنون والمغمى عليه يمنعان . وزوجته الأخرى مانعة إليه رجع محمد ، والجوارى لاتمنع . وفى جوامع الفقه : جاريتها تمنع بخلاف جاريته . وفى شرح المجمع : فى أمته روايتان . والكلب العقور مانع ، وغير العقور إن كان لها منع أوله لايمنع . وعندى أن كلبه لايمنع وإن كان عقورا ، لأن الكلب قط لايتعدى على سيده ولا على من يمنعه سيده عنه . ولو سافر بها فعدل عن الجادة بها إلى مكان خال فهى صحيحة ، ولا تصح الخلوة فى المسجد والحمام . وقال شداد : إن كانت ظلمة شديدة صحت لأنها كالساتر ، وعلى قياس قوله تصح على سطح لاساتر له إذا كانت ظلمة شديدة . والأوجه أن لاتصح لأن المانع الإحساس ولا يختص بالبصر ، ألا ترى إلى الامتناع لوجود الأعمى ولا إبصار للإحساس . ولا تصح فى بستان ليس له باب ، وتصح فى محمل عليه قبة مضروبة وهو يقدر على وطئها وإن كان نهارا والحجلة والقبة كذلك . ولو كانا فى مخزن من خان يسكنه الناس فردّ الباب ولم يغلقه والناس قعود فى وسطه غير مترصدين لنظرهما صحت ، وإن كانوا مترصدين لاتصح ، وهذه الموانع من قبيل الحسى . ولو دخلت عليه فلم يعرفها ثم خرجت أو دخل هو عليها ولم يعرفها لاتصح عند أبى الليث ، وتصح عند الفقيه أبى بكر ، وكذا لو كانت نائمة ، ولو عرفها هو ولم تعرفه هى تصح .

[فرعان] الأول : لو قال إن خلوت بك فأنت طالق فخلا بها طلقت ويجب نصف المهر . الثانى : للزوج أن يدخل بزوجته إذا كانت تطيق الجماع من غير تقدير . وقد قدر بالبلوغ وبالتسع . واعلم أن أصحابنا أقاموا الخلوة الصحيحة مقام الوطء فى حق بعض الأحكام تأكد المهر وثبوت النسب والعدة والنفقة والسكنى فى مدة العدة ومراعاة وقت طلاقها ولم يقيموها مقامه فى الإحصان ، وحلها للأول والرجعة والميراث ، وحرمة البنات . يعنى إذا خلا بالمطلقة الرجعية لايصير مراجعا . وإذا خلا بامرأة ثم طلقها لاتحرم بناتها ولايرث منها لو ماتت فى العدة للاحتياط الواجب فى هذه الأحكام . وفى شرح الشافى ذكر تزوّج البنت على عكس هذا ففيه خلاف وأما فى حق وقوع طلاق آخر ففيه روايتان ، والأشبه وقوعه لأن الأحكام لما اختلفت فى هذا الباب وجب أن يقع احتياطا (قوله وهذا التفصيل فى مرضها) قال الصدر الشهيد : وهو الصحيح

عن الخلوة حسيا كان أو شرعيا . وقوله (وقيل مرضه) حاصله أن المرض فى جانبها يتنوع بلا خلاف ، وأما المرض من جانبه فقد قيل إنه أيضا يتنوع ، وقيل إنه غير متنوع وإنه يمنع صحة الخلوة على كل حال ، وجميع أنواعه فى ذلك على السواء . قال الصدر الشهيد : هو الصحيح . ووجهه ماقال المصنف مرضه (لايعرى عن تكسر وفتور) وقوله (وإن كان أحدهما صائما تطوّعا فلها المهر كله لأنه يباح له الإفطار) اعترض عليه بأنه ينبغى أن لايلزمه كل المهر لأنه يلزمه القضاء على تقدير الإفساد فلا تكون الخلوة صحيحة كما فى قضاء رمضان . وأجيب بأن لزوم القضاء فى التطوّع عندنا لضرورة صيانة المؤدى عن البطلان ، والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا

وهذا القول فى المهر هو الصحيح . وصوم القضاء والمنذور كالتطوع فى رواية لأنه لاكفارة فيه ، والصلاة بمنزلة الصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفله (وإذا خلا المجبوب بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند أبى حنيفة ، وقالا عليه نصف المهر) لأنه أعجز من المريض ، بخلاف العنين لأن الحكم أدير على سلامة الآلة . ولأبى حنيفة أن المستحق عليها التسليم فى حق السحق وقد أتت به . قال (وعليها العدة فى جميع هذه المسائل) احتياطا استحسانا لتوهم الشغل ، والعدة حق الشرع والولد

(قوله وهذا القول) أى رواية المنتقى فى حق كمال المهر هو الصحيح دفعا للضرر عنها ، أما فى حق جواز الإفطار فالصحيح غيرها ، وهو أنه لايباح إلا بعذر ، وقد قدمنا فى كتاب الصوم بحثا أن رواية المنتقى فى جواز الإفطار بلا عذر ثم وجوب القضاء أقعد بالدليل من ظاهر الرواية وقول المصنف هو الصحيح احتراز عن رواية شاذة عن أبى حنيفة أنه يمنع لأنه يمنعه الجماع ويجعله آثما لما فيه من إبطال العمل (قوله أدير على سلامة الآلة) يعطى أن خلوة الخصى صحيحة وهو كذلك بالاتفاق (قوله والعدة واجبة فى جميع هذه المسائل) أى عند صحة الخلوة وفسادها بالموانع المذكورة احتياطا لتوهم الشغل نظرا إلى التمكن الحقيقى ، وكذا فى المجبوب لقيام احتمال الشغل بالسحق ، ولذا يثبت نسب الولد منه عند أبى سليمان . وذكر التمرتاشى إن علم أنه ينزل يثبت وإن علم بخلافه فلا وعليها العدة ، والأول أحسن ، وعلم القاضى بأنه ينزل أو لا ربما يتعذر ، أو يتعسر . قال العتابى : تكلم مشايخنا فى العدة الواجبة بالخلوة الصحيحة أنها واجبة ظاهرا أو حقيقة ؛ فقيل لو تزوجت وهى متيقنة بعدم الدخول حل لها ديانة لاقضاء . وقوله (والعدة حق الشرع) ولذا لاتسقط لو أسقطاها ولا يحل لها الخروج ولو أذن لها الزوج ، وتتداخل العدتان ولا يتداخل حق العبد (والولد) أى وحق الولد ولذا قال صلى الله عليه وسلم « لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن

يعد وإلى إفساد الخلوة ، بخلاف قضاء رمضان فإن لزوم قضائه ليس كذلك بل هو فرض مطلق فكان أثره عاما . وقوله (وهذا القول فى المهر هو الصحيح) أى الأخذ برواية المنتقى فى حق كمال المهر دفعا للضرر عنها هو الصحيح . وأما فى حق جواز الإفطار فالصحيح غير رواية المنتقى . وهو أنه لايباح الإفطار بغير عذر . وحاصله أن المأخوذ فى حق كمال المهر رواية المنتقى . وفى حق جواز الإفطار الرواية الأخرى ، واحترز بقوله هو الصحيح عن رواية شاذة عن أبى حنيفة وهى أن صوم التطوع يمنع صحة الخلوة لأنه يمنعه عن الوطء شرعا لما فيه من إبطال العمل المؤثم . وقوله (وإذا خلا المجبوب) المجبوب هو الذى استؤصل ذكره وخصياه من الجب وهو القطع إذا خلا المجبوب (بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند أبى حنيفة وقالا : عليه نصف المهر لأنه أعجز من المريض) لوجود آلة الجماع فى المريض وقد يجامع بخلاف المجبوب ، والمرض مانع عن الخلوة فالجب أولى (بخلاف العنين) فإن الوقوف على حقيقة العنة متعذر وسلامة الآلة وجود السبب إلى الوطء إذ الأصل السلامة فى الوصف أيضا فيدار الحكم عليه (ولأبى حنيفة أن المستحق عليها التسليم فى حق السحق) لأنه وسع مثلها فى هذه الحالة وقد أتت بما وجب عليها ، وأما عدم التسليم فذلك ليس من جهتها كما تقدم (وعليها العدة فى جميع هذه المسائل) يعنى فيما إذا كانت الخلوة صحيحة أو فاسدة (احتياطا استحسانا لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد) أما أنها حق الشرع فيدل عليه أن الزوجين لايملكان إسقاطها والتداخل يجرى فيها . وحق العبد لايتداخل ، وأما أنها حق

(قوله وقوله وهذا القول فى المهر هو الصحيح ، إلى قوله : دفعا للضرر عنها هو الصحيح ، أما فى حق جواز الإفطار فالصحيح غير رواية المنتقى ، وهو أنه لايباح الإفطار من غير عذر) أقول : لعل هذا يجعل عذرا فى إباحة الإفطار ، فليتأمل فى هذا المقام فإنه لايخلو عن الكلام

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فلا يصدق فى إبطال حق الغير . بخلاف المهر لأنه مال لايحتاط فى إيجابه . وذكر القدورى فى شرحه أن المانع إن كان شرعيا كالصوم والحيض تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة . وإن كان حقيقيا كالمرض والصغر لاتجب لانعدام التمكن حقيقة . قال (وتستحب المتعة لكل مطلقة إلا لمطلقة واحدة وهى التى طلقها الزوج قبل الدخول بها وقد سمى لها مهرا) وقال الشافعى : تجب لكل مطلقة إلا لهذه لأنها وجبت صلة من الزوج لأنه أوحشها

يسقى ماءه زرع غيره » فلا يصدقان فى إبطالها باتفاقهما على عدم الوطء (بخلاف المهر لأنه مال فلا يحتاط فى إيجابه) غير أن فى وجه الاستدلال بالحديث على أنها حق الولد تأملا (قوله وذكر القدورى فى شرحه) لمختصر الكرخى (أن المانع إن كان شرعيا تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة . وإن كان حقيقيا كالمرض والصغر لاتجب لانعدام التمكن حقيقة) فكان كالطلاق قبل الدخول من حيث قيام اليقين لعدم الشغل . وما قاله قال به التمرتاشى وقاضيخان ، ويؤيد ماذكر العتابى إلا أن الأوجه على هذا أن يخص الصغر بغير القادر والمرض بالمدنف لثبوت التمكن حقيقة فى غيرهما . واعلم أن المراد بوجوب العدة بالخلوة إنما هو فى النكاح الصحيح . أما النكاح الفاسد فلا تجب العدة بالخلوة فيه بل بحقيقة الدخول(قوله وتستحب المتعة لكل مطلقة إلا لمطلقة واحدة وهى التى طلقها الزوج قبل الدخول وقد سمى لها مهرا) وفى كل من الصدر والاستثناء إشكال . أما الأول فإن المطلقة قبل الدخول التى لم يسم لها مهرا داخلة فى عمومه والمتعة واجبة لها . وأما الثانى فالمطلقة قبل الدخول المفروض لها ذكر فى المبسوط والمحيط والمختلف والحصر أن المتعة تستحب لها . وأجيب عن الأول أن الاستحباب مستعمل فى أعم من الوجوب : يعنى أنه بالمعنى اللغوى أو هو عام مخصوص بالصورة السابقة . وقرينة التخصيص هو تقدم ذكرها فكأنه قال : وتستحب لكل مطلقة غير تلك . وعن الثانى أنه قول القدورى تبعه فيه . وفى بعض مشكلات القدورى المتعة أربعة أقسام : واجبة وهى ماتقدم . ومستحبة وهى التى طلقها بعد الدخول ولم يسم لها مهرا . وسنة وهى التى طلقها بعد الدخول وقد سمى لها المهر . والرابعة ليست بواجبة ولا سنة ولا مستحبة وهى التى طلقها قبل الدخول وقد سمى لها مهرا لأن نصف المهر ثابت لها فيقوم مقام المتعة . وقيل الصحيح أن هنا تغييرا وقع من الكاتب ، فذكر بعضهم أن فى بعض النسخ ولم يسم لها مهرا ، ونقل فى الدراية ضبطه كذلك عن غير واحد (قوله وقال الشافعى رحمه الله : تجب لكل مطلقة إلا لهذه) وعن أحمد رواية كقوله ورواية كقولنا وتقدم تفصيل مالك .

الولد فلقوله عليه الصلاة والسلام « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره » والمقصود منه رعاية نسب الولد وهو حقه (فلا يصدق) المرأة (فى إبطال حق الغير) بقولها لم يطأنى . وقيل معناه فلا يصدق الزوج فى إبطال حقها بقوله لم أطأها (بخلاف المهر) فإنه لايجب بالخلوة الفاسدة (لأنه مال لايحتاط فى إيجابه) قوله (وذكر القدورى فى شرحه) أى شرح مختصر الكرخى وكلامه واضح . قال (وتستحب المتعة لكل مطلقة إلا لمطلقة واحدة وهى التى طلقها الزوج قبل الدخول بها وقد سمى لها مهرا . وقال الشافعى : تجب لكل مطلقة إلا لهذه) التركيب على هذا الوجه هو الذى وقع فى النسخ الصحيحة الموثوق بها . وهو كما ترى يقتضى أن لاتكون المتعة واجبة للمفوضة الغير المدخول بها لدخولها فى قوله لكل مطلقة وهو يناقض ماتقدم من قوله ثم هذه المتعة

(قوله فلا يصدق الزوج فى إبطال حقها بقوله الخ) أقول : فيه أنه لايناسب القياس ، والأظهر عندى فلا يصدق واحد منهما فى إبطال حق الغير وهو الشرع والولد .

بالفراق . إلا أن فى هذه الصورة نصف المهر طريقة المتعة لأن الطلاق فسخ فى هذه الحالة والمتعة لاتتكرر ،

وجه قول الشافعى أنها فى المطلقة قبل الدخول والتسمية واجبة اتفاقا بالنص . وأما فى المدخول بها فلأن وجوب المتعة الواجبة فى صورة عدم التسمية للإيحاش بالطلاق . وما سلم لها من المهر ليس فى مقابلته بل فى مقابلة البضع فتجب دفعا للإيحاش . وأما التى لم يدخل بها وقد سمى لها فوجوب نصف المهر الثابت لها بقوله تعالى - وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم - بطريق المتعة : أى بطريق إيجاب المتعة فى غيرها وهو جبر صدع الإيحاش لا المهر لعدم استيفاء منافع بضعها فلا تجب متعة أخرى. وإلا تكررت . وقوله فسخ مجازا لأنه وقع طلاقا حتى انتقص به عدد الطلاق ، لكنه كالفسخ من جهة أنه كالحالة السابقة على النكاح بسبب عود المعقود عليه سالما إليها فلا يلزم كون ماذكر على قول من قال يسقط كل المهر بهذا الطلاق لأنه فسخ ، ثم يجب بطريق المتعة مخالفا لقول المحققين إنه يبقى نصف المهر ويسقط نصفه بالنص. وله أيضا قوله تعالى - وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين - خص منها تلك المطلقة بنص - فنصف مافرضتم - جعله تمام حكمها ، وبه يحمل قوله تعالى - إذا نكحتم المؤمنات - إلى قوله - فمتعوهن - على غير المفروض لها لعقلية أن نصف مهرها

واجبة ، ويقتضى أن لاتكون المتعة للمستثناة مستحبة لأنه استثناها من الاستحباب ، وقد صرح باستحبابها لها فى المبسوط والمحيط والحصر . وزاد الفقهاء وجامع الإسبيجابى ، ويقتضى أن لاتكون المتعة واجبة للمستثناة عند الشافعى لأنه استثناها من الوجوب ، وذكر فى الحصر أنها واجبة عنده لهذه المستثناة أيضا . وإذا عرفت هذا فاعلم أن معنى كلامه : وتستحب المتعة لكل مطلقة غير التى ذكرناها من قبل إلا لمطلقة واحدة وهى التى طلقها الزوج الخ . وهو اختيار القدورى . فإنه ذكر فى شرحه أن المتعة واجبة ومستحبة . فالواجبة للتى طلقها قبل الدخول والتسمية . والمستحبة لكل مطلقة إلا التى طلقها قبل الدخول وقد سمى لها مهرا وقد وقع اختياره موافقا لرواية التحفة ومخالفا للكتب المذكورة . وأما الشافعى فله فى المستثناة قولان : فى قوله القديم تجب وهو الذى ذكره صاحب الحصر . وفى الجديد لاتجب وهو الذى ذكره فى الكتاب وهو أصح القولين . فعلى هذا كانت المتعة عندنا على ثلاثة أقسام : واجبة ، ومستحبة ، وغير مستحبة . لأن المطلقة إما أن تكون ملموسة أو لا ، فإن لم تكن فإما أن يكون مهرها مسمى أو لا ، فإن لم يكن فهى التى وجبت لها المتعة ، وإن كان فهى المستثناة التى لاتستحب لها المتعة . وإن كانت ملموسة سواء كان مهرها مسمى أو لم يكن تستحب لها المتعة . وعند الشافعى هى تنقسم إلى واجبة وإلى غيرها . واستدل له فى الكتاب بقوله (لأنها وجبت) وهو دليل على وجوبها لكل مطلقة وعدمه للمستثناة. وتقريره: المتعة وجبت صلة من الزوج لإيحاشها بالفراق . وكل ماكان كذلك يجب لكل من أوحشت به ، فالمتعة تجب لكل مطلقة لأنها أوحشت بالفراق (إلا أن فى هذه الصورة) يعنى المستثناة (نصف المهر يجب بطريق المتعة لأن الطلاق فسخ) معنى (فى هذه الحالة) لعود مالها إليها سالما ، وذلك يقتضى سقوط المهر كله كما فى فسخ البيع . لكن الشرع أوجب نصف المهر بطريق المتعة (والمتعة لاتتكرر) فلا تجب المتعة لهذه المطلقة وتجب لغيرها ، وإنما قال : وجبت صلة احترازا عن قولنا إن المهر عوض والمتعة خلف عنه . والفائدة تظهر فى مسئلتين : إحداهما أن المطلقة بعد الدخول بها لاتستحق المتعة عندنا لأنها قد استحقت عوض منافع البضع مرة فلا تستحق غيره ، وعنده تستحق لأنها وجبت صلة بسبب الإيحاش فيجب المهر لاستيفاء منافع البضع والمتعة لوحشة الفراق . والثانية أن المتعة لاتزاد على نصف المهر عندنا لئلا يزيد الخلف على الأصل . وعنده تزاد .

(ولنا أن المتعة خلف عن مهر المثل فى المفوّضة لأنه سقط مهر المثل ووجبت المتعة ، والعقد يوجب العوض فكان خلفا والخلف لايجامع الأصل ولا شيئا منه

بطريق المتعة (قوله ولنا أن المتعة خلف عن مهر المثل فى المفوّضة) بكسر الواو المشددة وقع به السماع لأنها مفوّضة أمر نفسها لوليها وللزوج ، ويجوز فتحها : أى فوّضها وليها للزوج وهى التى زوّجت بلا مهر مسمى . وحاصله منع كون علة الوجوب فى الأصل وهى المفوّضة الإيحاش ، وأبطل مناسبته للعلية آخرا بقوله وهو غير جان فى الإيحاش لأنه بإذن الشرع بل الوجوب فيها تعويض عما كان واجبا لها من نصف مهر المثل لأنه أقرب إلى فهم من علم أنه تعالى أسقط ما كان واجبا لها ثم أوجب لها شيئا آخر مكانه ، وعلم أن لاجناية فى الطلاق بل قد يكون مستحبا فى التى لاتصلى والفاجرة . ولا سقوط فى المدخول بها مطلقا فلا تجب لانتفاء العلة المساوية . ولا نسلم أن ما سلم للمدخول بها فى مقابلة البضع بل بقبولها العقد على نفسها الملصق به المال فى قوله تعالى ـ أن تبتغوا بأموالكم محصنين ـ ولهذا كان لها المطالبة به قبل الدخول . غير أن بالدخول يتقرر ما كان على شرف السقوط وقوله تعالى ـ وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين ـ إما أن اللام للعهد الذكرى فى المطلقات التى لم يسم لهن مهر لأنهن تقدم ذكرهن بقوله تعالى ـ لاجناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ـ ثم قال ـ ومتعوهن ـ أو يراد بمتعوهنّ إيجاب نفقة العدة وكسوتها ، وأما غير المدخول بها المسمى لها فمحل الاتفاق ،

(ولنا أن المتعة خلف عن مهر المثل فى المفوّضة) لوجود حد الخلف لأن مهر المثل سقط بالطلاق قبل الدخول ووجبت المتعة ، والحال أن العقد يوجب العوض لاينفك عنه لقوله تعالى ـ أن تبتغوا بأموالكم ـ على ماعرف فى الأصول ، فكان وجوب المتعة مضافا إلى العقد بعد مهر المثل ، ولا يعنى بالخلف إلا مايجب بعد سقوط شيء مضافا إلى سبب ذلك الشيء كالتيمم مع الوضوء فثبت أنها خلف (والخلف لايجامع الأصل) فالمتعة لاتجامع مهر المثل ولا شيئا متصلا به ككل المفروض عند الطلاق بعد الدخول أو بعض المفروض عنده قبله . واعلم أنه قيل فى توجيه كلامه : إن المراد بالأصل كل المفروض ، كما إذا كان بعد الدخول والتسمية ، وبقوله شيئا منه نصف المفروض كما إذا كان قبل الدخول وبعد التسمية ، وفيه نظر لأنه حينئذ يكون منقطعا عن الكلام الأول وهو قوله المتعة خلف عن مهر المثل ، فإن قياسه هكذا المتعة خلف عن مهر المثل ، والخلف لايجامع الأصل فالمتعة لاتجامع الأصل وهو مهر المثل ، وليس فى ذلك ذكر التسمية كما ترى ، وليس المدّعى إلا عدم وجوب المتعة مع وجوب المسمى أو بعضه ومع وجوب مهر المثل . فالصواب أن يقال : الأصل هو مهر المثل والمتعة لاتجامعه وجوبا . والمراد بقوله ولا شيئا منه المسمى وبعضه ومن هى من المتصلة كما فى قوله تعالى ـ والمنافقون والمنافقات بعضهم من بعض ـ أى بعضهم متصل ببعض ، فيكون معناه والخلف وهو المتعة لايجامع الأصل وجوبا وهو مهر المثل إذا طلقها بعد الدخول من غير تسمية ولا يجامع شيئا متصلا بالأصل وهو كل المسمى بعد الدخول وبعضه قبله ، ويكون قوله ولا شيئا منه ملحقا بالثابت بالقياس المتقدم لا أنه من نتيجته لأنه لم يذكر فى مقدماته ، لكنه لما كان متصلا به ألحق بحكمه ، ومعنى الاتصال بين مهر المثل والمسمى أن كلا منهما

(قال المصنف : ولا شيئا منه) أقول : لفظة من فى قوله منه هى الاتصالية : أى ولا شيئا متصلا به ككل المفروض عند الطلاق بعد الدخول

فلا تجب مع وجوب شيء من المهر ، وهو غير جان في الإيحاش فلا تلحقه الغرامة به فكان من باب الفضل (وإذا زوّج الرجل بنته على أن يزوّجه الآخر بنته أو أخته ليكون أحد العقدين عوضا عن الآخر فالعقدان جائزان ، ولكل واحدة منهما مهر مثلها) وقال الشافعي : بطل العقدان لأنه جعل نصف البضع صداقا والنصف منكوحة ، ولا اشتراك في هذا الباب فبطل الإيجاب . ولنا أنه سمى مالا يصلح صداقا فيصح العقد ويجب مهر المثل ، كما إذا سمى الخمر والخنزير ولا شركة بدون الاستحقاق

وإنما أثبتنا الاستحباب في المدخولات لقوله تعالى ـ أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا ـ وهن مدخولات (قوله وإذا زوّج الرجل ابنته على أن يزوّجه الآخر ابنته أو أخته ليكون أحد العقدين عوضا عن الآخر) أي صداقا فيه ، وإنما قيد به لأنه لو لم يقل على أن يكون بضع كل صداقا للأخرى أو معناه بل قال زوّجتك بنتي على أن تزوّجني بنتك ولم يزد عليه فقبل جاز النكاح اتفاقا ولا يكون شغارا . ولو زاد قوله على أن يكون بضع بنتي صداقا لبنتك فلم يقبل الآخر بل زوّجه بنته ولم يجعلها صداقا كان نكاح الثاني صحيحا اتفاقا والأوّل على الخلاف ، ثم حكم هذا العقد عندنا صحته وفساد التسمية فيجب فيه مهر المثل . وقال الشافعي رحمه الله : بطل العقد بالمنقول والمعقول . أما الأوّل فحديث عمر رضي الله عنه أخرجه الستة «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن نكاح الشغار» وهو أن يزوّج الرجل ابنته أو أخته من الرجل على أن يزوّجه ابنته أو أخته وليس بينهما صداق . والنهي يقتضي فساد المنهي عنه ، والفاسد في هذا العقد لا يفيد الملك اتفاقا . وعنه صلى الله عليه وسلم أنه قال «لا شغار في الإسلام» والنفي رفع لوجوده في الشرع وعرف منه التعدي إلى كل ولي يزوّج موليته على أن يزوّجه الآخر موليته ، كسيد

يقع أمثالا لما هو المهر عند الله وبيان له كما عرف في الأصول ، ويعضد هذا قوله في آخر كلامه (فلا تجب مع وجوب شيء من المهر) لتناول مهر المثل وكل المسمى وبعضه ، هذا الذي سنح لي في حل هذا الموضع ، والله أعلم . وقوله (وهو غير جان) جواب عن قوله أوحشها بالفراق . وتقريره : سلمنا أنه أوحشها بالفراق لكنه لم يكن في الإيحاش جانيا لأنه فعل ما فعل بإذن الشرع (فلا تلحقه الغرامة) بوجوب المتعة (فكان) المتعة بتأويل المتاع (من باب الفضل) أي الاستحباب . قال (وإذا زوّج الرجل ابنته) وإذا زوّج رجلان كل منهما بنته أو أخته للآخر بشرط أن يزوّجه الآخر بنته أو أخته صح النكاح عندنا ولكل منهما مهر المثل ، ويسمى هذا النكاح نكاح الشغار من الشغور وهو الرفع والإخلاء ، وسمي به لأنهما بهذا الشرط كأنهما رفعا المهر وأخليا البضع عنه . وقال الشافعي : النكاحان باطلان لأنه جعل نصف البضع صداقا والنصف منكوحة ، لأنه لما جعل ابنته منكوحة الآخر وصداق ابنته اقتضى ذلك انقسام منافع بضعها عليهما نصفين ، فيصير النصف للزوج بحكم النكاح والنصف لبنته بحكم المهر فيلزم الاشتراك ، والاشتراك في هذا الباب مبطل للإيجاب (ولنا أنه سمى ما لا يصلح صداقا) وكل ما كان كذلك صح العقد فيه ووجب مهر المثل (كما إذا سمى الخمر والخنزير) وقوله (ولا شركة بدون الاستحقاق) جواب الخصم . وبيانه أن البضع لما لم يصلح صداقا لم يتحقق الاشتراك لأن منافع بضع المرأة

أو بعض المفروض عنده قبله (قال المصنف : ليكون أحد العقدين عوضا عن الآخر) أقول : أراد بالعقد المعقود عليه والبضع . قال ابن الهمام : وإنما قيد به لأنه لو لم يقل على أن يكون بضع كل صداقا للأخرى أو معناه بل قال زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك ولم يزد عليه فقبل جاز النكاح اتفاقا ولا يكون شغارا ، ولو زاد قوله على أن يكون بضع بنتي صداقا لبنتك فلم يقبل الآخر بل زوجه بنته ولم يجعلها

(وإن تزوّج حر امرأة على خدمته إياها سنة أو على تعليم القرآن فلها مهر مثلها . وقال محمد : لها قيمة خدمته . وإن تزوّج عبد امرأة بإذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها خدمته) وقال الشافعي : لها تعليم القرآن والخدمة فى الوجهين لأن مايصح أخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرا عنده لأن بذلك تتحقق المعاوضة . وصار كما إذا تزوّجها على خدمة حر آخر أو على رعى الزوج غنمها.ولنا أن المشروع هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذلك المنافع على أصلنا

الأمة يزوّج أمته على أن يزوّجه الآخر موليته كذلك . وأما الثانى فإن كل بضع صداق حينئذ ومنكوح فيكون مشتركا بين الزوج ومستحق المهر وهو باطل ؛ والإطناب فى تقريره مستغنى عنه ؛ والجواب عن الأول أن متعلق النهى والنفى مسمى الشغار ومأخوذ فى مفهومه خلوّه عن الصداق وكون البضع صداقا ، ونحن قائلون بنفى هذه الماهية وما يصدق عليها شرعا فلا نثبت النكاح كذلك . بل نبطله فيبقى نكاحا سمى فيه مالا يصلح مهرا فينعقد موجبا لمهر المثل كالنكاح المسمى فيه خمر أوخنزير ، فما هو متعلق النهى لم نثبته وما أثبتناه لم يتعلق به بل اقتضت العمومات صحته : أعنى مايفيد الانعقاد بمهر المثل عند عدم تسمية المهر وتسمية مالا يصح مهرا ، فظهر أنا قائلون بموجب المنقول حيث نفيناه ولم نوجب البضع مهرا . وعن الثانى بتسليم بطلان الشركة فى هذا الباب ونحن لم نثبته إذ لاشركة بدون الاستحقاق ، وقد أبطلنا كونه صداقا فبطل استحقاق مستحق المهر نصفه فبقى كله منكوحا فى عقد شرط فيه شرط فاسد ولا يبطل به النكاح ، بخلاف مالو زوّجت نفسها من رجلين فإن بطلان الاشتراك فيه لايستلزم بطلان النكاح وإنما استلزمه عدم موجب التعيين لعدم الأولوية (قوله وإن تزوّج حر امرأة على خدمته شهرا أو سنة فلها مهر مثلها . وقال محمد فى الجامع : لها قيمة خدمته سنة) ولم يذكر القدورى خلافا .واختلف فى قول أبى يوسف ؛ فقال الهندوانى : ينبغى أن يكون مع محمد ، وقال بعض المشايخ مع أبى حنيفة ، وهو الأظهر وإلا لم يقتصر على خلاف محمد فى الجامع الصغير (قوله وقال الشافعى :لها تعليم القرآن والخدمة فى الوجهين) أى وجهى حرية الزوج وعبديته (قوله وكذا المنافع على أصلنا) قصر النظر على هذه النكتة يوجب أن لايصح تسمية شىء من المنافع ، وملاحظة قوله وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته وهى مال

لاتصلح أن تكون مملوكة لامرأة أخرى فبقى هذا شرطا فاسدا والنكاح لايبطل بالشروط الفاسدة (وإن تزوّج حر امرأة على خدمته لها سنة أو على تعليم القرآن صح النكاح ولها مهر المثل . وقال محمد : لها قيمة خدمته سنة وإن تزوّج عبد امرأة بإذن مولاه على خدمته لها سنة جاز ولها الخدمة ، وقال الشافعى : لها تعليم القرآن والخدمة فى الوجهين) يعنى سواء كان عبدا أو حرا (لأن مايصح أخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرا) لأن المعاوضة تتحقق بذلك ، والتعليم والخدمة كذلك لأنه إذا استأجر شخصا على تعليم القرآن أو الأذان أو الإقامة جاز عنده (فصار كما إذا تزوّجها على خدمة حر آخر أوعلى رعى الزوج غنمها . ولنا أن المشروع) فى عقد النكاح (هو الابتغاء بالمال) لقوله تعالى ـ أن تبتغوا بأموالكم ـ (والتعليم ليس بمال) فلا يكون الابتغاء به مشروعا (وكذلك المنافع على أصلنا) لأنها لاتبقى زمانين ، والتموّل يعتمد البقاء زمانين فلا تكون الخدمة مالا فلا يكون الابتغاء به

صداقا كان نكاح الثانى صحيحا اتفاقا ، والأول على الخلاف اه . فعلى هذا كان الظاهر أن يقول : ليكون كل من العقدين عوضا عن الآخر وقبله الزوج كما لايخفى (قال المصنف : وإن تزوج عبد امرأة بإذن مولاه على خدمته سنة جاز) أقول : الأولى تأخير قوله بإذن مولاه عن

وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته ولا كذلك الحر ، ولأن خدمة الزوج الحر لايجوز استحقاقها بعقد النكاح لما فيه من قلب الموضوع ، بخلاف خدمة حر آخر برضاه لأنه لامناقضة ،

يقتضى جواز جميع منافع الأعيان ماخلا خدمة الحر ، ويوافقه عموم مفهوم قوله ولا كذلك الحر ، وهذا موافق لما فى جامع قاضيخان وشرح الشافى لنجم الدين عمر النسفى . وما قال فى البدائع : لو تزوّجها على سائر منافع الأعيان سكنى داره وخدمة عبده وركوب دابته والحمل عليها وزراعة أرضه : يعنى أن تزرع هى أرضه ونحوها من منافع الأعيان مدة معلومة صحت التسمية لأن هذه لمنافع أموال أو ألحقت بالأموال شرعا فى سائر العقود لمكان الحاجة إليها والحاجة فى النكاح متحققة وإمكان الدفع ثابت بتسليم محلها إذ ليس فيه استخدام المرأة زوجها يفيد جواز تسمية خدمة الحر وهو الصحيح . وفى الغاية معزيا إلى المحيط : لو تزوّجها على خدمة حر آخر فالصحيح صحته وترجع على الزوج بقيمة خدمته ، وهذا يشير إلى أنه لايخدمها ، فإما لأنه أجنبى فلا يؤمن الانكشاف عليه مع مخالطته للخدمة ، وإما أن يكون مراده إذا كان بغير أمر ذلك الحر ولم يجزه . وأنت إذا تأملت تعليل محمد رحمه الله وجوب قيمة الخدمة بأن المسمى مال إلا أنه عجز عن التسليم للمناقضة وتعليلهما نفى ماليته بعدم استحقاقه فى هذا العقد بحال المفيد أنه لو استحق تسليمه ألحق بالأموال لكن انتفى ذلك للزوم المناقضة لاتكاد تتوقف فى صحة تسمية خدمة حر آخر ، ثم بعد هذا يجب أن ينظر ، فإن لم يكن بأمره ولم يجزه وجب قيمتها ، وإن كان بأمره ، فإن كانت خدمة معينة تستدعى مخالطة لايؤمن معها الانكشاف والفتنة وجب أن تمنع وتعطى هى قيمتها أو لاتستدعى ذلك وجب تسليمها ، وإن كانت غير معينة بل تزوّجها على منافع ذلك الحر حتى تصير أحق بها لأنه أجير وحد ، فإن صرفته فى الأول فكالأول ، أو فى الثانى فكالثانى ، وقد أزال المصنف آخرا [١] بقوله بخلاف خدمة حر آخر فإنه لامناقضة . والحاصل أن ماهو مال أو منفعة يمكن تسليمها شرعا يجوز التزوّج عليها ، وما لايجوز كخدمة الزوج الحر للمناقضة أو حر آخر فى خدمة تستدعى خلوة للفتنة وتعليم القرآن لعدم استحقاق الأجرة على ذلك كالأذان والإمامة والحج . وعند الشافعى : يجوز أخذ الأجرة على هذه فصح تسميتها . واختلفت الروايات فى رعى غنمها وزراعة أرضها للتردد فى تمحضها خدمة وعدمه ، وكون الأوجه الصحة لقص الله سبحانه قصة شعيب وموسى عليهما السلام من غير بيان نفيه فى شرعنا إنما يلزم لو كانت الغنم ملك البنت دون شعيب وهو

مشروعا (وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبة العبد) كما فى الإجارة (ولا كذلك الحر) وعلى هذه النكتة يمنع جواز النكاح على خدمة حر آخر ورعى الغنم ، ولأن خدمة الزوج لاتستحق بعقد النكاح (لما فيه من قلب الموضوع) لأن عقد النكاح يقتضى أن تكون المرأة خادمة والزوج مخدوما لقوله عليه الصلاة والسلام « النكاح رق » وفى جعل خدمة الزوج مهرا لها كون الرجل خادما والمرأة مخدومة وذلك خلاف موضوع النكاح بلا خلاف (بخلاف خدمة حر آخر برضاه) فإنه يصح أن يكون مهرا لأنه يسلم فيه رقبته كالمستأجر ، ولا مناقضة

قوله على خدمته سنة (قوله لتضمنه تسليم رقبة العبد) أقول : التى هو المال (قوله ولا كذلك الحر) أقول : فإن رقبته ليست بمال (قوله وعلى هذه النكتة تمنع جواز النكاح على خدمة حر آخر ورعى الغنم) أقول : ويدل على ذلك إطلاق قوله ولا كذلك الحر .

---

(١) (قوله آخرا) كذا فى بعض الأصول ، وفى بعضها أولا والأمر سهل كتبه مصححه .

وبخلاف خدمة العبد لأنه يخدم مولاه معنى حيث يخدمها بإذنه وبأمره، وبخلاف رعى الأغنام لأنه من باب القيام بأمور الزوجية فلا مناقضة على أنه ممنوع فى رواية ، ثم على قول محمد تجب قيمة الخدمة لأن المسمى مال إلا أنه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالتزوّج على عبد الغير ، وعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله يجب مهر المثل لأن الخدمة ليست بمال إذ لاتستحق فيه بحال فصار كتسمية الخمر والخنزير ،

منتف (قوله وبخلاف رعى الأغنام الخ) يعنى أنه لم يتمحض خدمة لها إذ العادة اشتراك الزوجين فى القيام على مصالح مالهما : أى بأن يقوم كل بمصالح مال الآخر (على أنه ممنوع فى رواية) فى الدراية ، بخلاف رعى الغنم والزراعة حيث لايجوز على رواية الأصل والجامع وهو الأصح : يعنى على أن يزرع لها أرضها ، ويجوز على رواية ابن سماعة لأنه ليس من باب الخدمة لما ذكرنا ، ألا يرى أن الابن إذا استأجر أباه للخدمة لا يجوز ، ولو استأجره للرعى والزراعة يصح اه .

[فروع] وإذا أعتق أمة وجعل عتقها صداقها كأن يقول أعتقتك على أن تزوجينى نفسك بعوض العتق فقبلت صح العتق وهى بالخيار فى تزوّجه ، فإن تزوّجته فلها مهر مثلها خلافا لأبى يوسف . له الحديث الصحيح

فيه على أنه ممنوع فى إحدى الروايتين (وبخلاف خدمة العبد لأنه يخدم المولى معنى حيث يخدمها بإذنه وأمره) بالنكاح وهذا مستغنى عنه ظاهرا لأنه علم الجواب عنه بقوله وخدمة العبد ابتغاء بالمال . ويمكن أن يقال : ذكر المصنف على المدّعى دليلين : أحدهما قوله المشروع هو الابتغاء بالمال ، والثانى قوله ولأن خدمة الزوج الحر ، فذكر العبد مرة باعتبار الأول وأخرى باعتبار الثانى (وبخلاف رعى الغنم لأنه من باب القيام بأمور الزوجية فلا مناقضة على أنه ممنوع فى رواية) وفى عبارة المصنف تسامح لأنه قال فى الدليل : ولنا أن المشروع هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال ، وكذا المنافع على أصلنا ، فإن كان محمد داخلا فى قوله ولنا فقوله (ثم على قول محمد تجب قيمة الخدمة لأن المسمى مال) يناقض ذلك . وإن لم يكن داخلا كان المناسب ولهما دفعا للالتباس . ويمكن أن يجاب عنه بأنه داخل بالنسبة إلى تعليم القرآن فقال ولنا وليس بداخل بالنسبة إلى الخدمة فقال فى الآخر ثم على قول محمد تجب قيمة الخدمة لأن المسمى وهو الخدمة مال عند العقد (إلا أنه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالتزوّج على عبد الغير ، وعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف يجب مهر المثل لأن الخدمة) أى خدمة الحر (ليست بمال إذ لاتستحق فيه) أى لاتستحق الخدمة فى النكاح (بحال) ولو كانت مالا لاستحقت لأنه وجد المقتضى وهو العقد الصادر من الأهل المضاف إلى المحل ، وانتفى المانع وهو كون المهر غير مال . وذكر بعض الشارحين أن سماعه فى هذا المكان بكلمة أو هكذا أولاتستحق فيه بحال . وهوحسن لمعنيين : أحدهما أن يكون كل واحد من قوله لأن الخدمة ليست بمال ، وقوله أو لاتستحق بحال فيه دليل على وجوب مهر المثل ، ويكون الأول إشارة إلى قوله : ولنا أن المشروع هو الابتغاء بالمال ، والثانى إشارة إلى قوله ولأن خدمة الزوج الحر لايجوز استحقاقها بعقد النكاح . والمعنى الثانى أن قوله إذ لاتستحق فيه بحال لادلالة له على أن الخدمة ليست بمال

(قوله ويمكن أن يجاب ، إلى قوله : ثم على قول محمد تجب قيمة الخدمة الخ) أقول : فكان المناسب حينئذ أن يقول : وكذا المنافع على أصلهما لئلا يلزم الالتباس ، ولعل الأولى أن يقال : محمد متفق معهما فى سلب المالية عن الخدمة قبل العقد ، وإنما ثبتت لها المالية بالعقد وهما لايثبتان لها المالية بمجرد العقد بل بالتسليم بعده ، فإن الضرورة إنما تندفع به فاندفع المناقضة والمخالفة (قوله وذكر بعض الشارحين) أقول : أراد الإتقانى (قوله والمعنى الثانى أن قوله إذ لاتستحق فيه بحال لادلالة له على أن الخدمة ليست بمال الخ)أقول : ولو جعل قوله

وهذا لأن تقوّمه بالعقد للضرورة، فإذا لم يجب تسليمه بالعقد لم يظهر تقومه فيبقى الحكم للأصل وهو مهر المثل (فإن تزوّجها على ألف فقبضتها ووهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بخمسمائة) لأنه لم يصل إليه

« أنه صلى الله عليه وسلم تزوّج صفية وجعل عتقها صداقها » . قلنا : نص كتاب الله تعالى يعين المال فإنه بعد عدّ المحرمات أحل ما وراءهن مقيدا بالابتغاء بالمال ، قال الله تعالى ـ وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين ـ الآية ، وقول الراوى ذلك كناية عن عدم المهر : يعنى أنه أعتقها وتزوّجها ولم يكن شيء غير العتق والتزوّج بلا مهر جائز للنبي صلى الله عليه وسلم دون غيره . وغاية مافيه أن ماذكرناه محتمل لفظ الراوى فيجب حمله عليه دفعا للمعارضة بينه وبين الكتاب . وإن أبت أن تتزوّجه ألزمناها بقيمتها ؛ ولو كانت الجارية أم ولد فأعتقها على ذلك فأبت قال أبو حنيفة : لايجب عليها قيمتها لأن رقها غير متقوّم عنده . ولو قالت لعبدها أعتقتك على أن تتزوّجنى بألف أو على أن تعطينى ألفا فقبل عتق ؛ فإن أبى تزوّجها فعليه قيمة نفسه . وإن تزوّجها بألف قسم الألف على قيمة نفسه وعلى مهر مثلها . فما أصاب الرقبة فهو قيمته ، وما أصاب المهر فهو مهرها ، ويتنصف بالطلاق قبل الدخول (قوله فإن تزوّجها على ألف) حاصل وجوهها إذا تزوّجها على مسمى ، فإما أن يكون

إلا بما ينفيه من وجود المقتضى وانتفاء المانع . وهو لايتم لأن للخصم أن يقول لانسلم أنها لو كانت مالا لاستحقت فيه : وقوله لأنه وجد المقتضى وانتفع المانع وهو كون المهر غير مال يقول المانع غير منحصر فى ذلك بل كونه مفضيا إلى المناقضة مانع آخر عن الاستحقاق لكن سماعى بكلمة إذ . ولقائل أن يقول : قوله وعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف مستغنى عنه لأنه علم ذلك من الدليل فى مطلع البحث . ويمكن أن يجاب عنه بأنه أعاده تمهيدا لبيان التعليل بقوله (وهذا) أى وجوب مهر المثل (لأن تقوّمه بالعقد للضرورة) أى لأن تقوّم المسمى وهو الخدمة لضرورة حاجة الناس فى العقود وهى إنما تندفع بالتسليم إلى المحتاج (فإذا لم يجب تسليمه فى هذا العقد) لمكان التناقض (لم يظهر تقوّمه فيبقى الحكم للأصل وهو مهر المثل) ولو قال فإذا لم يجز تسليمه كان أولى فتأمل . قال (فإن تزوّجها على ألف) هذه المسئلة تنقسم بالقسمة الأولية على قسمين : إما أن يتزوّجها على مالا يتعين بالتعيين كالنقود أو على مايتعين به كالعروض والحنطة والشعير ، ثم كل واحد منهما على وجهين : إما أن يكون الصداق مقبوضا لها ، أو لم يكن ، وكل واحد منهما على وجهين : إما أن تهب المرأة الكل أو البعض ، فإن تزوّجها على ما لايتعين بالتعيين وهو ألف درهم فقبضتها ثم وهبتها للزوج ثم طلقها قبل الدخول بها يرجع عليها بخمسمائة درهم لأن الزوج يستوجب عليها الرجوع بنصف ما قبضت مهرا بالطلاق قبل الدخول فإنه ينصف الصداق بالنص ولم يصل إليه عين مايستوجبه بالهبة لأن الدراهم والدنانير لاتتعين بالتعيين فى العقود والفسوخ فكانت هبة . هذه

وهذا إشارة إلى وجه دلالة قوله إذ لاتستحق فيه بحال على عدم المالية لاندفع ماذكره ، ثم المراد من نفى مالية الخدمة نفى تقومها على مايدل عليه تشبيهه بتسمية الخمر والخنزير ، وقوله لأن تقومه الخ فليتأمل (قال المصنف : وهذا لأن تقومه بالعقد) أقول : أى لأن تقوم المسمى وهو الخدمة (قوله وهذا : أى وجوب مهر المثل) أقول : وعندى هو إشارة إلى وجه دلالة قوله إذ لاتستحق الخ على عدم المالية لمكان التناقض (قوله فإذا لم يجب تسليمه فى هذا العقد ، إلى قوله : ولو قال فإذا لم يجز تسليمه كان أولى) أقول : وإنما قال لم يجب إشارة إلى أنه لو كان مالا متقوما لوجب تسليمه فى عقود المعاوضة (قوله كالنقود الخ) أقول : وسائر الموزونات والمكيلات إذا كانتا فى الذمة (قوله كالعروض والحنطة) أقول : إذا أشير إليهما حيث جعلا مهرا (قوله إما أن يكون الصداق مقبوضا لها) أقول : كلا أو بعضا (قوله وهو ألف درهم) أقول : يعنى مثلا (قال المصنف : لأنه لم يصل إليه بالهبة عين مايستوجبه) أقول : لأن ماقبضته ليس عين ماجعل مهرا فإنه وصف فى الذمة ومقبوضها عين (قوله لأن الزوج يستوجب عليها الرجوع بنصف ماقبضت مهرا بالطلاق قبل الدخول فإنه ينصف الصداق بالنص) أقول : قوله بالطلاق متعلق بقوله يستوجب ، وضمير فإنه راجع إلى الطلاق (قوله لأن الدراهم والدنانير لاتتعين بالتعيين فى العقود والفسوخ الخ) أقول : وبالله أستعين لاشك أن التى وهبتها هى التى قبضتها ، ألا يرى أنها لو وهبتها للأجنبى فما دامت عينها باقية

بالهبة عين مايستوجبه لأن الدراهم والدنانير لاتتعينان فى العقود والفسوخ ، وكذا إذا كان المهر مكيلا أو موزونا أو شيئا آخر فى الذمة لعدم تعينها (فإن لم تقبض الألف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشىء . وفى القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر ؛ لأنه سلم المهر له بالإبراء فلا تبرأ عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول . وجه الاستحسان أنه وصل إليه عين مايستحقه بالطلاق قبل الدخول وهو براءة ذمته عن نصف المهر ، ولا يبالى باختلاف السبب عند حصول المقصود (ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الألف كلها المقبوض وغيره أو وهبت الباقى ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشىء عند أبى حنيفة . وقالا : رجع عليها بنصف ماقبضت) اعتبارا للبعض بالكل ، ولأن هبة البعض حط فيلتحق بأصل العقد . ولأبى حنيفة أن مقصود الزوج قد حصل وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض فلا يستوجب الرجوع عند الطلاق .

من الدراهم أو الدنانير أو المكيل أو الموزون غير المعين ، بخلاف المعين منهما فانه كالعرض . وإما من العروض أو الحيوان معينا أو فى الذمة ؛ فى الأول إن وهبت الكل أو نصفه بعد قبض الكل ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصفه اتفاقا ؛ أو قبله لم يرجع بشىء خلافا لزفر ، أو بعد قبض نصفه لم يرجع بشىء خلافا لهما ، وقال : لايرجع بنصف المقبوض كائنا ماكان من النسبة : حتى لوكانت وهبته أقل من النصف وقبضت الباقى رجع عليها بنصف المقبوض ، وعنده يرجع إلى تمام نصف الصداق ، وفى الثانى لايرجع بشىء مطلقا قبضت أو لم تقبض وأوجب زفر رجوعه بنصف قيمة العرض . وجه الاتفاقية فى الأول أن المقبوض ليس نفس المهر لأنه وصف

الألف كهبة ألف أخرى . وإذا لم يصل إليه عين ما استوجبه كان له الرجوع (وكذا إذا كان المهر مكيلا أو موزونا أو شيئا آخر فى الذمة) غير الدراهم فقبضته ثم وهبته ثم طلقها قبل الدخول بها يرجع عليها بنصف ذلك لعدم التعين ولهذا لم يجب عليها رد عين ماقبضت (فإن لم تقبض الألف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول لم يرجع أحدهما على الآخر بشىء ، وفى القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر لأنه سلم له المهر بالإبراء) وما سلم له بالإبراء غير مايستحقه بالطلاق وهو براءة ذمته عما عليه من نصف المهر بالطلاق قبل الدخول فالزوج سلم له غير مايستحقه (فلا تبرأ) المرأة (عما يستحقه) وجه الاستحسان أن مايستحقه الزوج بالطلاق هو براءة ذمته عن نصف المهر وقد وصل إليه ذلك لكن بسبب آخر وهو الإبراء (ولا يبالى باختلاف السبب عند حصول المقصود) لأنه غير مقصود بنفسه كمن يقول لآخر : لك على ألف درهم ثمن هذه الجارية التى اشتريتها منك ، وقال الآخر : الجارية جاريتك ولى عليك ألف درهم لزمه المال لحصول المقصود وإن كذبه فى السبب وهو بيع الجارية (ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الألف كلها المقبوض وغيره أو وهبت الباقى ثم طلقها قبل الدخول لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشىء عند أبى حنيفة . وقالا : يرجع عليها بنصف ماقبضت اعتبارا للبعض بالكل) فلو قبضت الكل ثم وهبت للزوج ثم طلقها قبل الدخول رجع عندنا عليها بنصف ماقبضت فكذا إذا قبضت البعض (ولأن هبة البعض) الذى لم يقبضه (حط) والحط يلتحق بأصل العقد فكأنه تزوجها ابتداء على الخمسمائة المقبوضة (ولأبى حنيفة أن مقصود الزوج) وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض (قد حصل قبل الطلاق فلا يستوجب الرجوع بعد الطلاق) كمن له على آخر دين مؤجل فاستعجل قبل حلول الأجل ، وفائدة قوله بلا

ولم يعوض عنها لها الرجوع ، فلو لم تكن متعينة فى الهبة لم يكن الأمر كذلك لكن الألف التى قبضتها ليست عين ماجعل مهرا لكونه وصفا

والحط لايلتحق بأصل العقد فى النكاح ،

فى الذمة بل مثل تقع به المقاصة ، فظهر أن الواصل إليه غير مايستحقه بالطلاق : أعنى نصف المهر ؛ ألا يرى أن لها أن تمسك ما أخذته منه وتعطيه غيره إذا طلقها قبل الدخول بعد القبض ، وتقرير المصنف ناظر إلى أن الواجب بالطلاق دراهم مطلقة وهذه ليست إلا معينة ، ويدل على أنها ليست عين الواجب كونها لها أن تمسكها وتدفع غيرها عند الطلاق . ووجه قول زفر فى ثانى شقى الأول أن الواصل إليه وإن كان نفس الدين لكن وصل إليه بسبب غير الطلاق وهو الإبراء وهو مسبب عن الإبراء وغير مسبب عن الطلاق لما عرف من أن اختلاف الأسباب يوجب اختلاف المسببات شرعا . أصله حديث لحم تصدق به على بريرة ، فبواسطة لزوم الاختلاف شرعا لم يصل إليه عين مايستحق فصارت كالأولى . وجه الاستحسان أن المستحق بالطلاق وهو سقوط نصف الدين عنه تحقق بالإبراء ، فحين حصل الطلاق لم يؤثر شيئا لعدم مصادفته شغل الذمة بالمهر وهو محل أثره لأنه إنما يؤثر فى شغل الذمة بالإسقاط ، فلو أوجب شيئا آخر كما قال إنه يرجع عليها بخمسمائة عين لكان ذلك غير موجبه فى محله وصار كمن عليه الدين المؤجل إذا عجله ثم حل الأجل لايجب شىء آخر . وإذا تأملت هذا التقرير سقط عندك ماتكلف فى دفع لزوم اختلاف المسبب باختلاف السبب من تخصيص الدعوى بالأعيان لأنها تقبل التغير بتغير صفاتها ، بخلاف الأوصاف كالدين فيما نحن فيه حيث لايقبل ذلك لاستحالة قيام الصفة بالصفة ، وهو دفع فاسد لأن ثبوت التغير شرعا لايتوقف على ذلك إنما هو اعتبار شرعى ، وقيام الصفة بالصفة بمعنى الاختصاص الناعت ليس محالا على ما عرف فى التحقيقات الكلامية . ثم يمكن حمل قوله فى الكتاب أنه وصل إليه عين مايستحقه وهو براءة ذمته عن نصف المهر الخ عليه : أى عين ما يستحقه ذاتا لامن حيث هو بسبب الإبراء ، ولايبالى باختلاف السبب عند حصول المقصود سابقا فإنه لم يؤثر شيئا حينئذ . وجه قولهما فى قبض النصف إلحاق البعض بالكل وهو قول الشافعى فى الأصح : يعنى لو قبضت الكل ثم وهبته له يرجع بنصفه ، ولا يخفى أن الملازمة تحكم ، فإن رجوعه فى صورة قبض الكل ليس لكونه قبض الكل ولا البعض بل لأنه لم يصل إليه عين مايستحقه بالطلاق ، وهذا المناط منتف فى صورة قبض النصف بناء على أن الطلاق قبل الدخول أعاد نصف الصداق إلى قديم ملك الزوج فيظهر أن الصداق الدين بذلك مشترك بينهما : يعنى يتبين ذلك وإلا فحال الهبة كان كله ملكها ظاهرا ، فإذا قبضت النصف انصرف إلى حقها كمكيل أو موزون بين اثنين وهو فى يد أحدهما وقبض صاحبه نصفه كان المقبوض حقه . فإذا أبرأته بعد ماقبضت النصف من الباقى أو الكل كان الواصل إليه عين مايستحقه بالوجه المذكور فى هبة الكل قبل قبضه ، فظهر أن إلحاقهما البعض بالكل بوصف طردى غير مؤثر ، وتقرير الوجه الثانى ظاهر من الكتاب . وقوله (والحط لايلتحق بأصل العقد فى النكاح) يؤيده أنها لو حطت

عوض ستظهر فيما إذا باعت من زوجها . وقوله (والحط) جواب عن قولهما ولأن هبة البعض حط ووجه ذلك أن الحط إنما يلتحق بأصل العقد إذا كان العقد عقد مغابنة يحتاج إلى دفع الغبن عن أحد الجانبين بالزيادة أو الحط والنكاح ليس كذلك

فى الذمة ، والألف التى قبضتها عين فليتأمل ، فإنه يمكن توجيه كلام الشارح بما قلناه أيضا ، ويؤيد ذلك ماذكره فى شرح قول المصنف ولهذا لم يكن لها دفع شىء آخر فتدبر ، ثم اعلم أن قوله بالهبة متعلق بقوله لم يصل (قوله ووجه ذلك أن الحط ، إلى قوله : يحتاج إلى دفع الغبن عن أحد الجانبين بالزيادة أو الحط والنكاح ليس كذلك الخ) أقول : فيه تأمل ، فإنه يجوز أن يكون الحط لكون المسمى زائدا على مهر المثل ، والزيادة لكونه ناقصا عنه ، نعم ليس المقصود من عقد النكاح التجارة والاسترباح .

ألا ترى أن الزيادة فيه لاتلتحق حتى لاتتنصف ، ولوكانت وهبت أقل من النصف وقبضت الباقى ، فعنده يرجع عليها إلى تمام النصف . وعندهما بنصف المقبوض (ولوكان تزوجها على عرض فقبضته أو لم تقبض فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء) وفى القياس وهو قول زفر يرجع عليها بنصف قيمته لأن الواجب فيه رد نصف عين المهر على مامر تقريره . وجه الاستحسان أن حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها وقد وصل إليه ولهذا لم يكن لها دفع شيء آخر مكانه ، بخلاف ما إذا كان المهر دينا ،

حتى بقى أقل من عشرة صح ولاتستحق غيره ، وتسمية ما دون العشرة فى أصل العقد لاتصح ، وقيد بالنكاح لأنه يلتحق فى البيع بأصل العقد . ووجه الفرق أن البيع عقد مغابنة ومبادلة مال بمال ومرابحة فتقع الحاجة إلى دفع الغبن فيه فاعتبر الحط لقصد دفعه فالتحق بأصل العقد ، ولا كذلك عقد النكاح فليس كذلك الحط فيه. وقوله (ألا ترى أن الزيادة فيه لاتلتحق) بأصل العقد (حتى لاتتنصف) استيضاح لعدم الالتحاق وهو مشكل ، فإن عدم التحاق الزيادة بأصل العقد هو الدافع لقول المانعين لها لو صحت كان ملكه عوضا عن ملكه ، فإذا لم تلتحق بقى إبطالهم ذلك بلا جواب ، فالحق أنها تلتحق كما يعطيه كلام غير واحد من المشايخ ، وإنما لاتتنصف لأن الانتصاف خاص بالمفروض فى نفس العقد حقيقة بالنص المقيد بالعادة المنصرف إليها على مامرا ، وهذه لم توجد حقيقة حالة العقد بل لحقت به ، ولأن وجه إلحاقها بالبيع وهو أنه قد يكون خاسرا أو زائدا مضرا بالمشترى فيرد إلى العدل يجرى فى النكاح ، وخسرانه أنه ينقص عن مهر مثلها فيرد بالزيادة إليه فإن تزويجها مع نقصها عن مهر مثل أخواتها مثلا يعقب الندم لها وزيادته تعقب الندم له . وجه قول زفر فى العرض المعين وهو أحد قولى الشافعى فى الجديد واختاره أكثر أصحابه أن الواجب فيه رد نصف عين المهر على مامر تقريره من أن السالم بالهبة غير مايستحقه بالطلاق لاختلاف السبب فترتب على الطلاق مقتضاه ، ويجب قيمة نصفه لتعذر عينه ، كما لو تزوج على عبد الغير فأبى سيده . ووجه الاستحسان أن الواجب بالطلاق سلامة نصف المقبوض وقد وصل عين ذلك إليه فلم يصادف الطلاق ما كان شاغلا ذمتها ليوثر وجوب تفريغها منه عليها على نحو ماسلكت فى التقرير السابق ، وحمل كلام الكتاب هنا عليه سهل مما تقدم (قوله بخلاف ما إذا كان المقبوض دينا) أى دراهم وإخوتها فإن

واستوضح المصنف بقوله (ألا ترى أن الزيادة) يعنى أن الحط والزيادة سيان فى الالتحاق بأصل العقد ، والزيادة فى النكاح لم تلتحق بأصل العقد حتى لاتتنصف الزيادة مع الأصل بالاتفاق ، فكذلك الحط (ولو كانت وهبت أقل من النصف وقبضت الباقى) مثل ما إذا تزوجها على ألف فوهبت المرأة مائتين وقبضت الباقى ؛ فعند أبى حنيفة يرجع عليها بثلاثمائة درهم حتى يتم النصف ، وعندهما يرجع عليها بأربعمائة درهم لأن عنده ماسلم للزوج معتبر وعندهما المقبوض معتبر فكأنه تزوجها على ماقبضت فيتنصف المقبوض وهو ثمانمائة (ولوكان تزوجها على عرض فقبضته أو لم تقبض فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء . وفى القياس وهو قول زفر يرجع عليها بنصف قيمته لأن الواجب فيه رد نصف عين المهر على مامر تقريره) يعنى فى قوله لأنه سلم له المهر بالإبراء فلا تبرأ عما يستحقه (وجه الاستحسان) ماذكره (أن حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها وقد وصل إليه) لأنه يتعين بالتعيين .وقوله (ولهذا) أى ولأن حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها (لم يكن لها أن تدفع شيئا آخر مكانه ، بخلاف ما إذا كان المهر دينا) وهى المسئلة الأولى حيث يرجع عليها بالنصف

(قوله وقوله ولهذا : أى ولأن حقه عند الطلاق الخ) أقول : بل هو إشارة إلى التعيين المعلوم من سياق الكلام .

وبخلاف ما إذا باعت من زوجها لأنه وصل إليه ببدل . ولو تزوّجها على حيوان أو عروض فى الذمة فكذلك الجواب لأن المقبوض متعين فى الرد ،

الواصل إليه حينئذ ليس عين ماتستحقه لعدم تعينها ، وبخلاف ما إذا باعت من زوجها العرض المذكور فإنه وإن وصل إليه عين مايستحقه لكنه ببدل والسالم ببدل بمنزلة ذلك البدل نفسه الذى كان فى ملكه فكأنه لم يصل إليه شىء ، ولو كان العرض أو الحيوان فى الذمة فكذلك الجواب : أى لايرجع عليها بشىء قبضت أو لم تقبض ، أما إذا لم تقبض فتقريره تقريره دينا ، وأما إن قبضته ثم وهبته فلأن المقبوض فيه متعين الرد بالطلاق فليس لها أن تمسكه وتدفع غيره ، بخلاف المقبوض من الدراهم ، وإنما وقعت هذه المفارقة لأن الأصل أن لايثبت العرض فى الذمة للجهالة ولذا لايثبت فى المعاوضات المحضة كالشراء لكنها تحملت فى النكاح لجرى التساهل فى العوض فيه لأنه غير المقصود منه ، فإذا عين بالتسليم يصير كأنّ العقد وقع على ذلك المقبوض فيجب رد عينه إذا استحق كما لو كان معينا فى الابتداء فيعطى حكمه ، ويتأتى خلاف زفر فى هذه أيضا لما عرف من أصله وهو اشتراط وصوله إليه من الجهة المستحقة . وما ذكر فى الغاية قال زفر فى الدراهم والدنانير المعينة لايرجع عليها بناء على أصله فى تعينها استبعدت صحته عنه لما علم من اشتراطه اتحاد الجهة إلاّ أن تكون روايتان فيما يتعين . وإذ قد انجرّ الكلام إلى شىء مما يتعلق بإمهار العرض المعين فهذه فوائده تتعلق به كلها من المبسوط فنقول : لايثبت فيه خيار الرؤية . فلو تزوّجها على شىء بعينه لم تره فأتاها به ليس لها ردّه ويثبت فيه خيار العيب فلها رده إذا كان العيب فاحشا وهو ماينقص عن القيمة قدرا لايدخل تحت تقويم المقوّمين بخلاف العيب اليسير . أما خيار الرؤية فلعدم الفائدة فى إثباته إذ الفائدة فى إثباته التمكن من إعادة العوض الذى قوبل بالمسمى كالمرأة فى النكاح وهذا يحصل فى البيع لأنه ينفسخ بالرد ، بخلاف النكاح لاينفسخ برد المسمى بخيار الرؤية ولاترد المرأة بل غاية مايجب به رد المسمى فيه قيمته والقيمة أيضا غير مرئية . وأما خيار العيب فلثبوت فائدته وهى الرجوع بقيمته صحيحا لأن السبب الموجب للتسمية هو العقد ولم يبطل بالاتفاق ، فلا يجوز الحكم ببطلان التسمية مع بقاء السبب الموجب له صحيحا ، ولكن بالردّ بالعيب يتعذر تسليم المعين كما التزم فتجب قيمته ، كالعبد المغصوب إذا أبق ، وعلى هذا الأصل إذا هلك الصداق المعين قبل التسليم لاتبطل التسمية بل يجب مثله إن كان مثليا وإلا فقيمته وكذا لو استحق . هذا إذا كان العيب قائما وقت العقد . فإن تعيب فى يد الزوج قبل التسليم يسيرا فليس لها غيره ، وعن زفر لها الخيار ، أو فاحشا فأما بفعل الزوج فلها الخيار أن تضمنه قيمته يوم تزوّجها أو تأخذه وتضمن الزوج النقصان لأنه أتلف جزءا من

لأن حقه لم يكن فى نصف المقبوض لعدم التعين ، ولهذا لو دفعت مكانه شيئا آخر جاز (بخلاف ما إذا باعت) يعنى الصداق العرض من زوجها (لأنه وصل إليه ببدل) وهو يستحق عليها نصف المهر بلا بدل فلا ينوب عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول فلذلك يرجع عليها بنصف المهر (ولو تزوّجها على حيوان) يعنى مثل الفرس والحمار ونحوهما لامطلقه (أو عروض فى الذمة) بأن قال على ثوب هروى بين جنسه ونوعه فإنه حينئذ يجب الوسط مما سمى ويثبت دينا فى الذمة فيشبه النقود (فكذلك الجواب) يعنى إذا وهبته له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشىء قبضت أو لم تقبض (لأن المقبوض متعين فى الردّ) يعنى أنها لو قبضته تعين عليها رده بعينه ،

(قوله فلذلك يرجع عليها بنصف المهر) أقول : أى بقيمته .

. . . . ١ . . .

الصداق ، ولو أتلفه ضمنه . فإذا أتلف بعضه لزمه قدره . وعن أبى حنيفة : إذا اختارت أخذه لاتضمنه النقصان. وأما بآفة سماوية فلها هذا الخيار غير أنها لاتضمنه النقصان إذا اختارت أخذه . وأما بفعل الصداق نفسه ، فى ظاهر الرواية هو كالعيب السماوى لأن فعله بنفسه هدر . وعن أبى حنيفة أنه كتعييب الزوج . وأما بفعلها فتصير قابضة له كله . وأما بفعل أجنبى فيجب ضمانه النقصان ويكون ضمانه بمنزلة الزيادة المتولدة قبل القبض فيثبت لها الخيار للتغيير بين أن تأخذه وتضمن الجانى نقصانه أوتضمن الزوج قيمته وهو يرجع على الجانى . وليس لها أن تأخذ العين وتضمن الزوج النقصان لأنه لاصنع منه بذلك . هذا كله إذا دخل بها أو مات عنها ، فإن طلقها قبل الدخول فهو فى حق النصف كما فى الكل لو طلقها بعد الدخول ، فلو تعيب فى يدها بعد قبضها ثم طلقت قبل الدخول ؛ فى السماوى إن شاءت ضمنها الزوج نصف قيمته يوم قبضه لتعذر ردها إياه كما قبضته ،وإن شاء أخذ النصف وليس عليها ضمان نقصان ، والتعيب بفعل الصداق كالسماوى . وكذا بفعلها لأنه صادف ملكا لها صحيحا فلا يوجب ضمان نقصان عليها ، وإذا كان بفعل أجنبى فهو ضامن وهو كالزيادة المنفصلة المتولدة من العين لأنه بدل جزء من العين فيمنع تنصيف الأصل بالطلاق . وإنما يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الصداق يوم قبضه . وكذا إذا تعيب بفعل الزوج لأن الزوج بعد تسليمه كالأجنبى فى إيجاب الأرش وذلك يمنع تنصيف الصداق بالطلاق ، فلو كان إنما تعيب فى يدها بعد ماطلقها قبل الدخول كان للزوج أن يأخذ نصف الأصل مع نصف النقصان لأن السبب فسد فى النصف بالطلاق وصار مستحق الرد على الزوج فكان فى يدها فى هذه الحالة كالمقبوض بشراء فاسد فيلزمها ضمان النقصان سواء تعيب بفعلها أو بفعله أو بأمر سماوى لأنه مضمون عليها بالقبض والأوصاف تضمن بالقبض كالمغصوب ، وإن كان بفعل أجنبى فالأرش كالزيادة المنفصلة وقد ذكرنا حكمها . ووقع فى مختصر الحاكم أبى الفضل أن التعيب فى يدها قبل الطلاق وبعده فى الحكم سواء . قال شمس الأئمة فى المبسوط : وهو غلط ، بل الصحيح فى كل فصل ماذكرنا ، فلو كان المهر جارية فلم تقبضها حتى وطئها الزوج فجاءت بولد فادعاه الزوج لم يثبت نسبه لأن الاستيلاء فى ملك المرأة غير صحيح ، إلا أن الحد يسقط عنه للشبهة لأن الصداق مضمون عليه بالعقد كالمبيع فى يد البائع وعليه العقر ، وهذا العقر مع الولد زيادة منفصلة متولدة من الأصل لأن المستوفى بالوطء فى حكم جزء من العين والعقر بدله ، فإذا طلقها قبل الدخول تنصف الكل فيكون العقر والجارية بينهما ولا تكون الجارية أم ولد للزوج لعدم ثبوت نسب ولدها منه ، ولكن يعتق نصف الولد على الزوج لأنه ملك ولده من الزنا فيعتق عليه للجزئية ، ويسعى للمرأة فى نصف قيمته ولا يصير الزوج ضامنا لأنه ما صنع فى الولد شيئا إنما صنع الطلاق وذلك ليس مباشرة لإعتاق الولد بل من حكم الطلاق عود النصف إلى الزوج ثم يعتق عليه حكما لملكه . وإن ماتت الجارية عند المرأة أو قتلت ثم طلقها قبل الدخول فللزوج عليها نصف القيمة يوم قبضت لأنه تعذر عليها رد نصف الصداق بعد تقرر السبب الموجب له ، ولا سبيل للزوج على القاتل لأن فعله لم يلاق ملكه بل ملك المرأة فلا يضمنه شيئا . وإذ قد انجرّ الكلام فى الزيادة فى المهر فلنستوفه . وحاصله من المبسوط أن الزيادة قبل قبضه متصلة كالسمن والانجلاء بياض العين ومنفصلة

وكل ماكان المقبوض منه متعينا فى الرد كان من جنس مايتعين بالتعيين ، فإن كانت الهبة بعد القبض فقد وصل إليه عين حقه لأن اختلاف السبب غير معتبر ، وإن كانت قبله فقد وصل إليه حقه وهو براءة ذمته عن نصف

وهذا لأن الجهالة تحملت فى النكاح فإذا عين فيه يصير كأن التسمية وقعت عليه

متولدة من العين كالولد والثمار والعقر وغير متولدة كالكسب والغلة ، وذلك كله يسلم لها إذا دخل بها أو مات عنها لأنه يملك بملك الأصل وملك الأصل كان سالما لها ، وقد تقرر ذلك بالموت والدخول فكذلك الزيادة ، فأما إذا طلقها قبل الدخول فالزيادة المتولدة منفصلة أو متصلة تتنصف بالطلاق مع الأصل لأنها فى حكم جزء من العين ، والحادث من الزيادة بعد العقد قبل القبض كالموجود وقت العقد بدليل المبيعة فإن الزيادة المتولدة هناك كالموجودة وقت العقد حتى يصير بمقابلتها شىء من الثمن عند القبض . وأما غير المتولدة كالكسب والغلة فلا تتنصف بالطلاق قبل الدخول بل الكل لها فى قول أبى حنيفة ، وفى قولهما تتنصف مع الأصل ، وكذا لو جاءت الفرقة من قبلها قبل الدخول حتى بطل ملكها عن جميع الصداق يسلم لها الكسب عند أبى حنيفة وعندهما يدور الكسب مع الأصل ، وكذا المبيع قبل القبض يسلم الكسب للمشترى ، وعندهما هو للبائع . لهما أن الكسب زيادة منفصلة عن الأصل فيكون كالولد فكما لايسلم لها إذا بطل ملكها عن الأصل فكذلك هذا ، وهذا لأن بطلان ملكها عن الأصل لانفساخ السبب فيه ، والزيادة إنما تملك بملك الأصل متولدة كانت أو لا ، فإذا انفسخ سبب الملك فى الأصل لايبقى سببا للملك الزيادة . وحقيقة الوجه لأبى حنيفة أن سبب ملك الزيادة غير سبب ملك الأصل بل ملك الأصل يصير شرطا ، فسبب ملك الأصل مثلا قبول عقد النكاح ، وفى الزيادة الاكتساب للمكتسب وهو إما احتطاب العبد أو إجارته نفسه أو قبوله الهبة ، وهذه الأسباب لاتنفسخ بالطلاق غير أن المكتسب إذا لم يكن أهلا للملك خلفه فيه مولاه بذلك السبب لوصلة الملك بينهما وقت الاكتساب ، وببطلان ملكه فى الأصل لايتبين أنه لم يخلفه فى الملك بذلك السبب ، وليس الكسب كالزيادة المتولدة لأن المتولد جزء من الأصل يسرى إليه ملك الأصل لا أن يكون مملوكا بسبب حادث ؛ ألا يرى أن ولد المكاتبة يكون مكاتبا وكسبها لايكون مكاتبا ، وولد المبيعة قبل القبض يكون مبيعا يقابله حصة من الثمن عند القبض وكسبه ليس مبيعا ولا يقابله شىء من الثمن وإن قبض مع الأصل ، ولو قبضت الأصل مع الزيادة المتولدة ثم طلقها قبل أن يدخل بها تنصف الأصل والزيادة لأن حكم التنصف بالطلاق ثبت فى الكل حين كانت الزيادة قبل القبض فلا يسقط ذلك بقبضها ؛ ولو كانت قبضت الأصل قبل حدوث الزيادة فحدثت فى يدها ثم طلقها قبل الدخول ، فإما أن تكون غير متولدة أو متولدة من العين وهى إما منفصلة أو متصلة ، فإن كانت غير متولدة كالكسب والغلة فهو سالم لها وردت نصف الأصل على الزوج لأن حدوث الكسب كان بعد تمام ملكها ويدها فيكون سالما لها ، وإن لزمها رد الأصل أو بعضه كالمبيع إذا اكتسب فى يد المشترى ثم رد الأصل بعيب يبقى الكسب سالما له ، وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم « الخراج بالضمان » وقد كان الصداق فى ضمانها فتسلم منفعته والكسب بدل المنفعة ؛ وإن كانت متولدة من العين ، فإن كانت منفصلة كالولد والثمار امتنع تنصف الأصل بالطلاق وعود الكل إليه إذا جاءت الفرقة من قبلها ، وإنما للزوج فى الطلاق نصف قيمة الأصل ، وفى ردتها جميع قيمته يوم دفع إليها فى ظاهر المذهب ، وعلى قول زفر يتنصف الأصل مع الزيادة بالطلاق ويعود الكل إلى الزوج إذا جاءت الفرقة من قبلها لأن بقبضها لا يتأكد ملكها مالم يدخل بها ، بل توهم عود النصف إلى الزوج بالطلاق أو الكل إذا جاءت الفرقة

المهر ، ولا معتبر باختلاف السبب . وقوله (وهذا لأن الجهالة) إشارة إلى شيئين إلى جواز النكاح بالحيوان والعروض بلا تعيين ، وإلى أن المقبوض متعين فى الرد . وتقريره الجهالة تحملت فى النكاح وكل ما تحمل فى النكاح

. . . .

من قبلها ثابت فيسرى ذلك الحق إلى الزيادة كالمشتراة شراء فاسدا إذا قبضها المشترى وازدادت زيادة منفصلة فإن البائع يستردها بزيادتها . وروى ابن سماعة عن أبي يوسف تفصيلا قال فى الطلاق : يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الأصل ، وعند ردها يسترد منها الأصل مع الزيادة لأن الردة تفسخ السبب من الأصل فيكون الرد بحكم انفساخ السبب بمنزلة الرد بفساد البيع ، وفيه يثبت الرد فى الأصل والزيادة ، أما الطلاق فحل العقد وليس بفسخ له من الأصل ، فلا يثبت حق الزوج فى الزيادة التى لم تكن فى ملكه ولا فى يده . ويتعذر نصف الزيادة يتعذر نصف الأصل . وجه ظاهر الرواية أنها ملكت الصداق بالعقد وتم ملكها فيه بالقبض فحدثت الزيادة على ملك تام لها ، والتنصيف عند الطلاق إنما يثبت فى المفروض فى العقد . وليست الزيادة مسماة فيه ولا حكما إذ لم يرد عليها القبض المستحق بالعقد فتعذر تنصفها وهى جزء من العين فيتعذر تنصفها تعذر تنصف العين كالزيادة المنفصلة فى المبيع تمنع رد الأصل بالعيب إذا كانت حادثة بعد القبض ، وهذا بخلاف الزيادة المنفصلة فى الموهوب فإنها لا تمنع الواهب من الرجوع فى الأصل لأن الهبة عقد تبرع ، فإذا رجع فى الأصل بقيت الزيادة للموهوب له بغير عوض ، وقد كان الأصل سالما له بغير عوض فيجوز أن تسلم الزيادة أيضا بغير عوض . فأما البيع والنكاح فعاوضة ، فبعد تعذر رد الزيادة لو أثبتنا الرد فى الأصل بقيت الزيادة سالمة بلا عوض وهى جزء من الأصل ، ولا يجوز أن يسلم الملك بلاعوض بعد رفع عقد المعاوضة . وإذا تعذر تنصف الأصل وجب عليها نصف قيمته للزوج لتعذر رد العين بعد تقرر سبب وجوبه . ولما كان الصداق إنما دخل فى ضمانها بالقبض كان المعتبر القيمة وقت القبض ، وإن كانت متصلة كالسمن والجمال وانجلاء البياض فطلقها قبل الدخول فعند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله . هذا والزيادة المنفصلة سواء إنما للزوج عليها نصف قيمة الصداق يوم قبضه ، وعند محمد وزفر : يتنصف الأصل بزيادته لأن النكاح عقد معاوضة ، والزيادة المتصلة لاعبرة بها فى عقود المعاوضات ، كما لو اشترى جارية بعبد وقبضها فازدادت متصلة ثم هلك العبد قبل التسليم أو رده المشترى بعيب فإنه يسترد الجارية بزيادتها ، بخلاف مالو كانت الزيادة منفصلة . وهذا لأن المتصلة كزيادة السعر ؛ ألا ترى أنها لو حدثت قبل القبض لاينقسم الثمن باعتبارها لزيادة السعر فكذا فى الصداق ، بخلاف الموهوبة فإن الزيادة المتصلة فيها تمنع الرجوع لأن الهبة ليست بعقد ضمان ، فالقبض بحكمه لما لم يوجب ضمان العين على الموهوب له لم يبق للواهب حق فى العين حتى يسرى إلى الزيادة ، وإذا تعذر الرجوع فى الزيادة تعذر فى الأصل لأنه لاينفصل عنها ، بخلاف قبضها الصداق فإنه قبض ضمان لحق الزوج فيتبين به بقاء حق الزوج فى الأصل فيسرى إلى الزيادة كالبيع . ولهما أن هذه الزيادة حدثت فى ملك صحيح لها فتكون سالمة لها بكل حال كالمنفصلة ، وإذا تعذر تنصف الزيادة تعذر تنصف الأصل لما قال محمد ، والدليل عليه أن الصداق فى حكم الصلة من وجه لأنها تملكه لا عوضا عن مال ، والمتصلة فى الصلات تمنع رد الأصل كالموهوب ، وتأثير المتصلة

لاينافى النكاح فالجهالة لاتنافى النكاح ، فإذا شرط ذلك فى العقد صح ، ولا بد من تعيين ليتحقق الإيفاء عند الحاجة إليه ، فإذا عين بالقبض صار كأن التسمية وقعت عليه ، ولو كان كذلك كان متعينا فكذلك إذا عين بالقبض . وفائدة الأولى صحة العقد وإن كان المسمى مجهولا ومنع وجوب مهر المثل . وفائدة الثانية عدم رجوع الزوج عليها بشىء إن وهبته له وعدم ولاية الاستبدال إن لم تهب وطلقها قبل الدخول بها بخلاف الدراهم والدنانير .

(وإذا تزوّجها على ألف على أن لايخرجها من البلدة أو على أن لايتزوّج عليها أخرى . فإن وفى بالشرط فلها المسمى) لأنه صلح مهرا وقد تم رضاها به (وإن تزوّج عليها أخرى أو أخرجها فلها مهر مثلها) لأنه سمى مالها فيه نفع ، فعند فواته ينعدم رضاها بالألف فيكمل مهر مثلها كما فى تسمية الكرامة والهداية مع الألف (ولو تزوّجها على ألف إن أقام بها وعلى ألفين إن أخرجها ، فإن أقام بها فلها الألف ، وإن أخرجها فلها مهر المثل لايزاد على الألفين ولا ينقص عن الألف . وهذا عند أبى حنيفة ، وقالا : الشرطان جميعا جائزان) حتى كان لها الألف

فى الصلات أكثر من المنفصلة حتى أن المنفصلة فى الهبة لاتمنع الرجوع والمتصلة تمنع ، ثم الزيادة المنفصلة هنا تمنع تنصف الأصل فالمتصلة أولى أن تمنع . فأما البيع فالصحيح أن عند أبى حنيفة وأبى يوسف أن المتصلة تمنع فسخ العقد من الأصل كالمنفصلة ، وما ذكر فى المأذون فهو قول محمد ، وقد نص فى كتاب البيوع على أن الزيادة المتصلة تمنع الفسخ بالتحالف عند أبى حنيفة وأبى يوسف كالمنفصلة ، وأما إذا كان حدوث الزيادة فى يدها بعد ماطلقها قبل الدخول فإنه يتنصف الأصل مع الزيادة لأن بالطلاق صار ردّ الأصل مستحقا عليها فيسرى ذلك إلى الزيادة كالمشتراة شراء فاسدا ترد بالزيادة المتصلة والمنفصلة ، بخلاف ماقبل الطلاق (قوله وإذا تزوّجها الخ) للمسئلة صورتان : الأولى أن يسمى لها مهرا ويشترط لها معه مالها فيه نفع كأن لايخرجها من البلد أو لايتزوّج عليها أو لايتسرى أو يطلق ضرّتها . والثانية أن يسمى لها مهرا على تقدير وآخر على تقدير آخر ، أما الأولى فحكمها ظاهر فى الكتاب وهو أنه إن وفى لها فليس لها إلا المسمى وإلا فلها مهر مثلها ، فإن كان مهر مثلها قدر المسمى أو أقل لاتستحق شيئا آخر . وقال زفر : إن كان ماضم إلى المسمى مالا كالهدية ونحوها يكمل لها مهر المثل عند فواته وإلا فليس لها إلا الألف لأن المال يتقوّم بالإتلاف . فكذا بمنع التسليم إذا شرط لها فى العقد بخلاف طلاق الضرة ونحوه لايتقوّم فلا يلزم . وقال الإمام أحمد : إذا فات ثبت لها الخيار فى الفسخ لأنها لم تتزوّجه إلا على ملك المرغوب فيه فصار كما إذا باع عبدا على أنه خباز أو كاتب وهو بخلافه ، ولقوله صلى الله عليه وسلم « أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج » . وجواب زفر أن إيجاب التسليم ليس للتقوّم فى المضموم بل لعدم رضاها بالألف إلا به فبانتفائه ظهر عدم رضاها بالمسمى فكان كعدم التسمية وفيه مهر المثل . وجواب الثانى أن ذلك فى الشرط الصحيح وليس هذا منه لقوله صلى الله عليه وسلم « المسلمون عند شروطهم إلا شرطا

قال (وإذا تزوّجها على ألف على أن لايخرجها من البلدة) قد تقدم أن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة فإذا تزوّج امرأة على ألف على أن لايخرجها من البلدة (أو على أن لايتزوّج عليها) أو على أن يطلق فلانة فالنكاح صحيح وإن كان شرط عدم التزوّج وعدم المسافرة وطلاق الضرّة فاسد لأن فيه المنع عن الأمر المشروع (فإن وفى بالشرط فلها المسمى) لأنه سمى ماصلح مهرا وقد تم رضاها به) وإن لم يوف به فلها مهر مثلها . وصورة المسئلة فيما إذا كان مهر المثل أكثر من الألف (لأنه سمى مالها فيه نفع) حتى رضيت بتنقيص المسمى عن مهر المثل (فعند فواته ينعدم رضاها بالألف فيكمل مهر مثلها كما فى تسمية الكرامة) بأن شرط مع الألف أن يكرمها ولا يكلفها الأعمال الشاقة وما تتعب به ، وكما لو سمى الهدية مع الألف بأن يرسل إليها مع الألف الثياب الفاخرة (ولو تزوّجها على ألف إن أقام بها وعلى ألفين إن أخرجها) صورة المسئلة ظاهرة . ووجه قول زفر أنه ذكر بمقابلة شىء واحد

(قوله لأنه سمى مالها فيه نفع) أقول : هذا تعليل لقوله فلها مهر مثلها .

إن أقام بها والألفان إن أخرجها . وقال زفر : الشرطان جميعا فاسدان ، ويكون لها مهر مثلها لاينقص من ألف ولا يزاد على ألفين وأصل المسألة فى الإجارات فى قوله : إن خطته اليوم فلك درهم . وإن خطته غدا فلك نصف درهم ، وسنبينها فيه إن شاء الله

أحل حراماً أو حرم حلالا» . وهذه الشروط تمنع التزوّج والتسرى لو وجب الجرى على موجبها فكانت باطلة فلا يؤثر عدمها فى خيار الفسخ ، بل إن وفى تمت التسمية لرضاها بها وإلا لاتم لعدم الرضا ، وفساد العقد ليس لازما لعدم تمام التسمية ولا لعدمها رأسا إذ ليس ذكرها من الأركان ولا الشروط ، بخلاف البيع . فإن قيل : ما استدللتم به لايمس محل النزاع لأن مقتضى الشرط المذكور أن لايتزوّج مادامت تحته مختارا لعدم دخول خيار الفسخ فى يديها وأين عدم التزوّج مختارا لأمر من تحريمه شرعا ؟ فالجواب أن الشرط المحرم للحلال بعد ما حكم بكونه باطلا لايتصور إلا على إرادة كونه شرط ترك الحلال أو فعل الحرام . إذ لو أحل حقيقة بأن ثبت به حكم الحل شرعا لم يكن باطلا . وإذا عارضه وجب حمل الأحقية المذكورة فيما روى على ما من الحق فى نفسه وهو المراد به ضد الباطل وهو أعم من الوجوب صادق عليه وعلى الجائز والمندوب لا مايخص الواجب عينا . بقى أن يقال : إذا ظهر عدم رضاها بالألف لم يلزم كونه نكاحا بلا تسمية ولا نظيره للقطع بأنها ليست مفوّضة . بل إنما رضيت بتسمية صحيحة معينة ، وقد قالوا : إذا سمى للبكر عند استئذانها مهرا فسكتت لايكون رضا حتى يكون المهر وافرا ولا يصح النكاح بمهر المثل ولا به فكيف وهى مصرحة بنفيه ، وكون مهر مثلها أصلا لايستلزم صحة النكاح به مالم تكن مفوّضة أو تصرح بالرضا به وإلا فقد لاترضى بمهر المثل تسمية فلا ينفذ النكاح عليها به فيجب أن تختار ، كما إذا زوّجت نفسها من غير كفء فإنه ينعقد ثم يثبت للولى خيار الفسخ ، وأما ماذكر من حمل لفظ أحق فى الحديث على ما ذكر فبلا موجب لأن ذلك الموجب وهو تحريم الحلال منتف لأنه لايحرم التسرى بهذا الشرط بل هو امتنع منه بالتزامه مختارا لأحب الأمرين إليه وهو صحبة الزوجة ، ولهذا لو تسرى لانقول فعل محرما وهو أدنى من امتناعه عن بعض المباحات بحلفه لا يفعله . وأما الثانية فكأن يتزوّجها على ألف بأن أقام بها أو على أن لايتسرى أو على أن يطلق ضرتها أو إن كانت مولاة أو إن كانت أعجمية أو ثيبا على ألفين إن كان أضدادها فإن وفى بالأوّل أو كانت أعجمية ونحوه فلها الألف وإلا فمهر المثل لايزاد على ألفين ولا ينقص عن ألف عند أبى حنيفة ، وكذا إن قدم شرط الألفين يصح المذكور عنده حتى لو طلقها قبل الدخول يجب لها نصف المسمى أوّلا بناء على أنه لاخطر فيها وكذا فى المسئلة الأولى لأن بالطلاق قبل الدخول يسقط اعتبار هذا الشرط ، وقالا : الشرطان جائزان فلها الألف إن أقام بها والألفان إن أخرجها . وقال زفر : الشرطان فاسدان فلها مهر مثلها لاينقص

وهو البضع بدلين مختلفين على سبيل البدل وهما الألف والألفان فتفسد التسمية للجهالة ويجب مهر المثل . ولهما أن ذكر كل واحد من الشرطين مفيد فيصحان جميعا . ولأبى حنيفة أن الشرط الأوّل قد صح لعدم الجهالة فيه . فيتعلق العقد به ، ثم لم يصح الشرط الثانى لأن الجهالة نشأت منه ولم يفسد النكاح ، وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما إذا تزوّجها على ألفين إن كانت جميلة وعلى ألف إن كانت قبيحة حيث يصح فيها الشرطان جميعا بالاتفاق والمسئلة فى فتاوى الولوالجى وغيره . وأجيب بأن فى الأولى وجدت المخاطرة فى التسمية الثانية لأنها لاتدرى أن الزوج يخرجها أولا ، وفى المسئلة الثانية لامخاطرة لأن المرأة إما جميلة فى نفس الأمر وإما قبيحة غير أن الزوج لا يعرفها

عن الألف ولا يزاد على الألفين . وجه قول أبي حنيفة إنه لاخطر فى التسمية الأولى بل هى منجزة بخلاف الثانية فهى معلقة ، فإذا وجد شرطها بأن أخرجها مثلا ثبت لها ذلك المسمى ، وقد كان ذلك المسمى الأول ثابتا لأن المنجز لايعدم وجود المعلق فحين وجد المعلق بوجود شرطه اجتمع تسميتان فيجب مهر المثل للجهالة . ووجه قولهما أنهما معلقان فلا يوجد فى كل تقدير سوى مسمى واحد . ووجه قول زفر إنه لاتعليق أصلا بل هما منجزان لأن مايضم مع المال إنما يذكر للترغيب لا للشرط فاجتمعا فقسدا للجهالة ، وأصلها فى الإجارات وستزداد هناك وضوحا إن شاء الله تعالى . واعلم أنه نقل عن الدبوسى : لو تزوجها على ألف إن كانت قبيحة وألفين إن كانت جميلة يصحان بالاتفاق لأنه لاخطر فى التسمية الثانية لأن أحد الوصفين ثابت فى نفس الأمر جزما ، غير أن الزوج بجهله وجهالته لاتوجب خطرا بالنسبة إلى الوقوع وعدمه . واستشكل بأن مقتضاه ثبوت صحتهما اتفاقا فيما إذا تزوجها بألف إن كانت مولاة أو ليست له امرأة وبألفين إن كانت حرة الأصل أو له امرأة أخرى لكن الخلاف منقول فيهما ، والأولى أن تجعل مسئلة القبيحة والجميلة على الخلاف ، فقد نص فى نوادر ابن سماعة عن محمد على الخلاف فيهما . واعلم أنه لوكان تزوجها على ألف وعلى طلاق فلانة تطلق بمجرد تمام العقد ، بخلاف ماتقدم من كذا وأن يطلق فلانة فإنه مالم يطلقها لم تطلق . وفى المبسوط : لو تزوجها على ألف وعلى أن يطلق امرأته فلانة وعلى أن ترد عليه عبدا فقد بذلت البضع والعبد والزوج بدل الألف وشرط الطلاق فيقسم الألف على مهر مثلها وعلى قيمة العبد ، فإن كانا سواء كان نصف الألف ثمنا للعبد ونصفها صداقا لها ، وإذا طلقها قبل أن يدخل بها فلها نصف ذلك ؛ وإن دخل بها نظر ، إن كان مهر مثلها خمسمائة أو أقل فليس لها إلا ذلك ، وإن كان أكثر فإن وفى بالشرط فطلق فليس لها إلا الخمسمائة ، وإن أبى أن يطلق لم يجبر عليه لأنه شرط الطلاق وإيقاع الطلاق لايصح التزامه فى الذمة فلا يلزمه بالشرط شىء ولها كمال مهر مثلها ، ولو كان تزوجها على ألف وطلاق فلانة على أن ترد عليه عبدا وقع الطلاق بنفس العقد والزوج بذل شيئين الألف والطلاق والمرأة البضع والعبد ، والشيئان متى قوبلا بشيئين ينقسم كل واحد منهما على الآخر ، فإن كان مهر المثل وقيمة العبد سواء كان نصف الألف ونصف الطلاق صداقا لها ، فإذا طلقها قبل الدخول كان لها مائتان وخمسون ، والطلاق الواقع على الضرة بائن لأن بمقابلته نصف العبد ونصف البضع وإن لم يكن العوض مشروطا على المطلقة . وإنما جعلنا نصف العبد ونصف البضع بمقابلة الطلاق لأن المجهول إذا ضم إلى المعلوم فالانقسام باعتبار الذات دون القيمة . ولو استحق العبد أو هلك قبل التسليم رجع بخمسمائة حصة العبد وبنصف قيمة العبد أيضا لأن نصف العبد بمقابلة نصف الطلاق ، واستحقاق العبد أو هلاكه قبل التسليم يوجب قيمته على من كان ملتزما تسليمه فلهذا رجع بقيمة ذلك النصف . وهاهنا المسئلة التى تجاذبها بابا الشفعة والنكاح وهى ما إذا تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفا تقسم الدار على مهر مثلها وعلى الألف ، حتى لو استويا فالنصف مهر والنصف مبيع ، وإن تفاوتا تفاوتا وهذا بالاتفاق ، ثم هل تثبت الشفعة لجارهذه الدار فيها مثلا ؟ عند أبى حنيفة لا ، وعندهما نعم اعتبارا لبعض المبيع بالكل ، وهو يقول ماثبت فى ضمن شىء يعطى له حكم المتضمن لاحكم نفسه ، والبيع ههنا فى ضمن

وجهله بصفتها لايوجب المخاطرة فيصح الشرطان جميعا ، والمصنف لم يذكر وجوه الأقوال وأحالها على باب الإجارة على أحد الشرطين ، ولم يذكر هناك هذه المسئلة وإنما ذكر مسئلة الخياطة على ماسيجىء إن شاء الله تعالى

(ولو تزوّجها على هذا العبد أو على هذا العبد فإذا أحدهما أوكس والآخر أرفع ؛ فإن كان مهر مثلها أقل من أوكسهما فلها الأوكس ، وإن كان أكثر من أرفعهما فلها الأرفع ، وإن كان بينهما فلها مهر مثلها ، وهذا عند أبي حنيفة ، وقالا : لها الأوكس فى ذلك كله (فإن طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الأوكس فى ذلك كله بالإجماع)

النكاح إذ العقد بلفظ النكاح فحكمه حكمه ، ولا شفعة فى الدار التى يتزوّج عليها فكذا فى هذه ، ولو اعتبر البيع أصلا فسد لأنه نكاح فى ضمن بيع فيفسد البيع لأنه يفسد بالشروط الفاسدة وقبول النكاح صار شرطا فيه . وفى فتاوى الخاصى من علامة النون : رجل تزوّج امرأة ولم يسم لها مهرا على أن تدفع إليه هذا العبد فإنه يقسم مهر مثلها على قيمة العبد ومهر مثلها لأنها بذلت البضع والعبد بإزاء مهر المثل والبدل ينقسم على قيمة المبدل فما أصاب قيمة العبد فالبيع فيه باطل لأنها باعته بشيء مجهول ويصير الباقى مهرا لها . وذكر فى علامة الواو قال لامرأة أتزوجك على أن تعطيني عبدك هذا فأجابته بالنكاح جاز بمهر المثل ولا شيء من العبد ، أما أنه لا شيء له من العبد فلأن هذا شرط فاسد ، وأما جواز النكاح فلأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة اهـ . وهذا اختلاف فى القدر الذى يجب لها إذ مقتضى هذا أنه تمام مهر المثل بخلاف الأول (قوله ولو تزوّجها على هذا العبد أو على هذا العبد) أو على هذه الألف أو هذا العبد أو على ألف أو ألفين (فإن كان مهر مثلها أقل من أوكسهما) أو مثله (فلها الأوكس) إلا أن يرضى الزوج بدفع الأرفع فهو لها إلا أن ترضى بالأوكس (وإن كان أكثر من أرفعهما) أو مثله (فلها الأرفع) إلا أن ترضى بالأوكس (وإن كان) مهر مثلها (بينهما) أى فوق الأوكس ودون الأرفع (فلها مهر مثلها ، وهذا عند أبي حنيفة وقالا : لها الأوكس فى ذلك كله ، فإن طلقها قبل الدخول فلها نصف الأوكس فى ذلك كله بالإجماع) فلو كان قيمة العبدين سواء صحت التسمية اتفاقا ، وكثير على أن منشأ هذا الخلاف الخلاف فى الواجب الأصلى فى النكاح ؛ فعنده مهر المثل لأنه أعدل إذ هو قيمة البضع لأنه متقوّم بحالة الدخول ، بخلاف المسمى فإنه قد يزيد على قيمته وقد ينقص فلا يعدل إليه إلا عند صحة التسمية وقد فسدت للجهالة بإدخال كلمة أو . وعندهما الواجب الأصلى المسمى فلا يعدل عنه إلى مهر المثل إلا إذا فسدت من كل وجه ، وهو منتف إذ يمكن إيجاب الأوكس لأنه متيقن قياسا على ما لو خالعها على هذا العبد أو هذا أو أعتقه على هذا العبد أو هذا فإنه يجب الأوكس فيهما اتفاقا ، وهذا إن كان منقولا عنهم فلا كلام فيه ، وإن كان تخريجا فليس بلازم لجواز أن يتفقوا على أن الأصل مهر المثل ، ثم يختلفوا فى فساد التسمية فى هذه المسئلة ، فعنده

(ولو تزوّجها على هذا العبد أو على هذا العبد) أصل هذا أن الضمان الأصلى عند أبى حنيفة مهر المثل ، وإنما يصار إلى التسمية إذا صحت من كل وجه ولم تصح للجهالة . وعندهما الضمان الأصلى هو المسمى ، وإنما يصار إلى مهر المثل إذا فسدت من كل وجه ، وههنا ليس كذلك لإمكان العمل بالأوكس لكونه متيقنا كما فى الخلع والإعتاق على مال على هذا الوجه فإن الأوكس فى ذلك متعين ، وما فى الكتاب واضح وإنما قال فى مهر المثل (إذ هو الأعدل) لأنه لا يقبل الزيادة والنقصان لأنه قيمة منافع البضع وقيمة الشيء لا تقبل الزيادة والنقصان ؛

(قال المصنف : ولو تزوجها على هذا العبد أو على هذا العبد) أقول : قال الزيلعى : وعلى هذا الخلاف لو تزوجها على هذا العبد أو على هذا الألف ، وكذا لو تزوجها على ألف أو على ألفين ، ومنشأ الخلاف أن البدل الأصلى هو مهر المثل عنده ، وإنما يعدل عنه عند صحة التسمية . وعندهما المسمى هو الأصلى ، ولا يصار إلى مهر المثل إلا إذا فسدت التسمية من كل وجه ولم يمكن إيجاب المسمى اهـ . وسيصرح المصنف فى بيان اختلاف الزوجين فى المهر حيث نقل دليل أبى حنيفة ومحمد أن مهر المثل هو الموجب الأصلى فى باب النكاح .

لهما أن المصير إلى مهر المثل لتعذر إيجاب المسمى ، وقد أمكن إيجاب الأوكس إذ الأقل متيقن فصار كالخلع والإعتاق على مال . ولأبى حنيفة أن الموجب الأصلى مهر المثل إذ هو الأعدل ، والعدول عنه عند صحة التسمية وقد فسدت لمكان الجهالة بخلاف الخلع والإعتاق على مال لأنه لاموجب له فى البدل ، إلا أن مهر المثل إذا كان أكثر من الأرفع فالمرأة رضيت بالحط ، وإن كان أنقص من الأوكس فالزوج رضى بالزيادة ، والواجب بالطلاق قبل الدخول فى مثله المتعة ونصف الأوكس يزيد عليها فى العادة فوجب لاعترافه بالزيادة (وإذا تزوّجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية ولها الوسط منه ، والزوج مخير إن شاء أعطاها ذلك وإن شاء أعطاها قيمته)

فسدت لإدخال أو فصير إلى مهر المثل ، وعندهما لم تفسد لأن المتردد بينهما لما تفاوتا ورضيت هى بأيهما كان فقد رضيت بالأوكس فتعين دون الأرفع إذ لايمكن تعيينه عليه مع رضاها بالأوكس . وإذا تعين مالها لم يصر إلى مهر المثل لأن المصير إليه حكم عقد لا تسمية فيه صحيحة ، وصار كالخلع على ألف أو ألفين والإعتاق بأن قال أعتقتك على هذا العبد أو هذا وقبل فإنه يجب الأوكس فيهما . وهو يفرق بأن تعين الأوكس فى هاتين ضرورة أن لاموجب فيهما فى حق البدل ، وإنما يجب فيهما بالتسمية وأن لايلغو كلامهما بالكلية ، ولا ضرورة هنا لأن للنكاح موجبا أصليا ، فإذا لم يتعين أحد ما ردّد فيه لايلزم الإلغاء إذ يصان بتصحيحه بمهر المثل ، وهذا بخلاف مالو خيرها بأن قال على أنها بالخيار تأخذ أيهما شاءت أو على أنى بالخيار أعطيك أيهما شئت فإنه يصح كذلك اتفاقا لانتفاء المنازعة أما مانحن فيه فلالأنها لو أرادت أخذ الأرفع فامتنع تحققت المنازعة إذ ليس الرجوع إلى قول أحدهما بأولى من الآخر ، بخلاف التخيير إذ من له الخيار يستبدّ بالتعيين وصار كبيع أحد العبدين لايجوز ، ولو سمى لكل ثمنا وجعل خيار التعيين لأحدهما جاز ، وبخلاف ما لو أقر له بألف أو ألفين حيث يتعين له الألف لأنه لم يوقع ذلك فى إنشاء معاوضة ، بل ذكر أن ذمته مشغولة بأحد المالين والأصل براءة الذمة وهو فى شك فى اشتغالها بالألفين لم يجزم بهما فلا يلزمانه ، بخلاف الألف فإنه لم يشك فيها ، ولو تزوجها على ألف حالة أو مؤجلة إلى سنة ومهر مثلها ألف أو أكثر فلها الحالة وإلا فالمؤجلة وعندهما لها المؤجلة لأنها أقل ولو على ألف حالة أو ألفين إلى سنة ومهر مثلها كالأكثر فالخيار لها ، وإن كان كالأقل فله ، وإن كان بينهما يجب مهر المثل ، وعندهما الخيار له لوجوب الأقل عليه (قوله والواجب فى الطلاق قبل الدخول الخ) وعلى هذا لو كانت المتعة زائدة على نصف الأوكس تحكم صرح به فى الدراية فالحكم فى الطلاق قبل الدخول فى التحقيق ليس إلا متعة مثلها (قوله وإذا تزوجها على حيوان غير موصوف الخ) المهر كما يكون من النقود يكون من العروض والحيوان ، فإذا

بخلاف التسمية لأنها تقبلهما . وقوله (إلا مهر المثل) جواب عما يقال إذا كان مهر المثل هو الأعدل كان المصير إليه واجبا فى الأحوال الثلاث . ووجهه أنه كذلك إلا أن مهر المثل (إذا كان أكثر من الأربع فالمرأة رضيت بالحط وإن كان أنقص من الأوكس فالزوج رضى بالزيادة) فعملنا برضاهما . وقوله (والواجب بالطلاق قبل الدخول) جواب عما يقال إذا كان كذلك كان الواجب أن يجب نصف الأرفع فيما يجب فيه الأرفع مهرا لأن الواجب فى الطلاق قبل الدخول نصف المسمى . ووجهه أن الواجب فى الطلاق قبل الدخول فى مثله وهو ما تكون التسمية فيه فاسدة المتعة (ونصف الأوكس يزيد عليها عادة فوجب لاعترافه بالزيادة) قال (وإذا تزوجها على حيوان غير موصوف)

(قوله لأن الواجب فى الطلاق قبل الدخول نصف المسمى) أقول : فيه أن التسمية فاسدة ، فكيف يجب نصف المسمى ؟

قال رحمه الله : معنى هذه المسئلة أن يسمى جنس الحيوان دون الوصف ، بأن يتزوّجها على فرس أو حمار . أما إذا لم يسم الجنس بأن يتزوّجها على دابة لاتجوز التسمية ويجب مهر المثل .

كان عرضا أو حيوانا فإما معين كهذا العبد أوالفرس أو الدار فيثبت الملك بمجرد القبول فيه لها إن كان مملوكا له . وكذا لولم يكن مشارا إليه إلا أنه أضافه إلى نفسه كعبدى وإلا فلها أن تأخذه بشرائه لها ، فإن عجز عن شرائه لزمه قيمته . ولو استحق نصف الدار خيرت فى النصف الباقى فى يدها، إن شاءت ردّته بالعيب الفاحش وهو التشقيص فى الأملاك المجتمعة ورجعت بقيمة الدار ، وإن شاءت أمسكته ورجعت بقيمة نصفها ، ولو طلقها قبل الدخول كان لها النصف الذى فى يدها خاصة ؛ ولو ولدت الأمة عنده ثم مات الولد فليس على الزوج ضمانه ولا يكون حاله أعلى من حال ولد المغصوبة ولكن لها الأمة إن دخل بها ، ولا خيار لها إن كان نقصان الولادة يسيرا ، وإن كان فاحشا فلها إن شاءت أخذت الجارية ولا يضمن الزوج شيئا، وإن شاءت أخذت قيمتها يوم تزوّجها عليها لأن نقصان الولادة كالعيب السماوى وقد كان الولد جابرا لذلك النقصان. فإذا مات الولد ظهر النقصان لانعدام مايجبره ، وقد بينا ثبوت الخيار لها فى العيب السماوى بهذه الصفة . ولو كان الزوج قتله ضمن قيمته لأنه أتلف أمانة فى يده ؛ فإن كان فى قيمته وفاء بنقصان الولادة لم يضمن نقصانها وإن لم يكن أجاب فى كافى الحاكم بأن عليه تمام ذلك . قال شمس الأئمة : وهوغلط ؛ فقد بين فى الابتداء أن الزوج لايضمن نقصان الولادة عند موت الولد فكذا لايضمن مازاد على قيمته من قدر النقصان ؛ ولكن إن كان يسيرا فلا خيار لها ، وإن كان فاحشا فلها الخيار كما قلنا ، ولا إشكال فى الثوب المعين فى ثبوت الصحة ، غير أنه إذا زاد فقال هذا الثوب الهروى ولم يكن هرويا فليس لها غيره ، وعلى قول أبى يوسف لها قيمة ثو ب هروى وسط ، وعلى قول زفر لها الخيار بين أن تأخذه أو تطلب قيمتهالهروى الوسط لأنها وجدته على خلاف شرطه ، ولكنا نقول المشار إليه من جنس المسمى فيتعلق العقد بالمشار إليه،وسنقرره إن شاء الله تعالى . وإما غير معين فلا يخلو إما أن يكون مكيلا أو موزونا أو غيرهما ، ففى غيرهما إن لم يعين الجنس بأن قال حيوان ثوب دار لم يصح ويجب مهر المثل بالغا مابلغ لأن بجهالة الجنس لايعرف الوسط لأنه إنما يتحقق فى الأفراد المماثلة وذلك باتحاد النوع ، بخلاف الحيوان الذى تحته الفرس والحمار وغيرهما والثوب الذى تحته القطن والكتان والحرير واختلاف الصنعة أيضا والدار التى تحتها مايختلف اختلافا فاحشا بالبلدان والمحال والضيق والسعة وكثرة المرافق وقلتها فتكون هذه الجهالة أفحش من جهالة مهر المثل فمهر المثل أولى . وإن عينه بأن قال عبد أمة فرس حمار بيت صحت التسمية وإن لم يصفه وينصرف إلى بيت وسط من ذلك ؛ وكذا باقيها وهذا فى عرفهم . أما البيت فى عرفنا فليس خاصا بما يبات فيه بل يقال لمجموع المنزل والدار فينبغى أن يجب بتسميته مهر المثل كالدار ، وتجبر على قبول قيمته لو أتاها بها ، وبقولنا قال مالك وأحمد خلافا للشافعى . له أن عقد النكاح معاوضة فلا تصح التسمية مع جهالة العوض كالبيع . ولنا أنه معاوضة مال بما ليس بمال والحيوان يثبت فى ذلك بالذمة أصله إيجاب الشرع مائة من الإبل فى الدية وفى الجنين غرّة عبد أوأمة ،

صورة المسئلة أن يقول تزوّجتك على حمار أو فرس . قال المصنف (معنى هذه المسئلة أن يسمى جنس الحيوان دون الوصف) يريد أنه لم يقل جيد أو وسط أو ردىء إلى غير ذلك من أوصافه . وردّ بأن الفرس والحمار نوع لا جنس . وأجيب بأنه يجوز أن يكون مراده من الجنس اسم الجنس وهو ماعلق على شىء وعلى كل ما أشبهه ، ويرد عليه قوله أما إذا لم يسم الجنس بأن تزوج على دابة لاتجوز التسمية ويجب مهر المثل فإنه اسم

وقال الشافعي : يجب مهر المثل فى الوجهين جميعا ، لأن عنده مالايصلح ثمنا فى البيع لايصلح مسمى فى النكاح إذ كل واحد منهما معاوضة . ولنا أنه معاوضة مال بغير مال فجعلناه التزام المال ابتداء حتى لايفسد بأصل الجهالة كالدية والأقارير ، وشرطنا أن يكون المسمى مالا وسطه معلوم رعاية للجانبين ، وذلك عند إعلام الجنس لأنه يشتمل على الجيد والردىء والوسط ذوحظ منهما . بخلاف جهالة الجنس لأنه لا وسط له لاختلاف معانى الأجناس ، وبخلاف البيع لأن مبناه على المضايقة والمماكسة ،

فى الذمة وليس فيها معلوم إلا الوسط من الأسنان الخاصة . وسر هذا الشرع عدم جريان المشاحة فى ذلك حيث لم يقابلها مال فلا يفضى جهالة الوصف فيه إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم ، ألا يرى أن الشرع أوجب مهر المثل مع جهالة وصفه وقدره فى بعض الصور بأن لم يكن من أقاربها من تزوج وعلم لها مهر فإنه يحتاج إلى تقويم وتخمين ، بل جهالة مهر المثل فوق جهالة العبد لأن جهالته فى الصفة وجهالة المثل جهالة جنس فتصحيح التسمية أولى (قوله وشرطنا أن يكون الخ) جواب سؤال تقديره لما شابه النكاح حينئذ الإقرار فى كونه التزام مال ابتداء ينبغى أن يصح تسمية حيوان كما يصح الإقرار بشىء ويلزمه البيان من غير توقف على كون المقر به مالا له وسط وطرفان فقال : شرطنا ذلك رعاية لجانبى المرأة والزوج ، إذ جهة كونه معاوضة توجب اشتراط نفى الجهالة أصلا ، لكن لما لم يكن المال من الجانبين تحملت فيه الجهالة اليسيرة مع أنه المورد الشرعى : أعنى إيجاب الشرع للوسط فى حيوان الزكاة رعاية لجانبى الفقراء وأرباب الأموال ، وكذا ماذكرناه من الدية والغرة ، ولا يتعدى إلا حكم الأصل ، ولو أسقط قوله فجعلناه التزام المال ابتداء واكتفى بالإلحاق بالدية والغرة ومهر

جنس بالتعريف المذكور وهو ما علق على شىء وعلى كل ما أشبهه ولم تصح به التسمية . والحق أن يقال : أراد بالجنس ماهو مصطلح الفقهاء وهو النوع باصطلاح غيرهم . قوله (وقال الشافعى : يجب مهر المثل) واضح . وقوله (ولنا أنه معاوضة مال بغير مال) معناه أن فى النكاح معنى التزام المال ابتداء ومعنى المعاوضة ، أما معنى المعاوضة فظاهر ، وأما معنى التزام المال ابتداء : يعنى بغير عوض فلأنه معاوضة مال بغير مال وكان كالدية والأقارير حيث يلزم فيهما أيضا مال من غير أن يكون فى مقابلته عوض مالى فعملنا بمعنى التزام المال ابتداء ، وقلنا : لايفسد بأصل الجهالة فى مثله لأن الجهالة فى مثله متحملة ، كما فى الدية فإن الشرع جعل فيها مائة من الإبل غير موصوفة وكما فى الأقارير ، فإن من أقر لإنسان بشىء صح إقراره وعملنا بمعنى المعاوضة (وشرطنا أن يكون المسمى مالا) معلوم الوسط رعاية لجانب الزوج والمرأة كما وجب فى الزكاة ذلك رعاية لجانب الغنى والفقير (وذلك) إنما يتصور (عند إعلام الجنس لأنه يشتمل على الجيد والردىء والوسط ذو حظ منهما ، بخلاف جهالة الجنس لأنه لاوسط له حينئذ لاختلاف معانى الأجناس) فإنه إذا قال على دابة لم يجد نوعا يتوسط فيلزمه . قوله (وبخلاف البيع) جواب عن قوله مالا يصلح ثمنا لايصلح مسمى فى النكاح ، ووجهه أن (مبناه على المضايقة والمماكسة) أى المنازعة لأنه معاوضة مال ليس فيه معنى التزام المال ابتداء فيفسد بأصل الجهالة

(قوله والحق أن يقال : أراد بالجنس ماهو مصطلح الفقهاء وهو النوع باصطلاح غيرهم) أقول : فيه بحث ، فإن كلا من العبد والجارية جنس عند الفقهاء وليس نوعا باصطلاح غيرهم بل أخص منه كما لايخفى .

أما النكاح فمبناه على المسامحة . وإنما يتخير لأن الوسط لايعرف إلا بالقيمة فصارت أصلا فى حق الإيفاء والعبد أصل تسمية فيتخير بينهما (وإن تزوجها على ثوب غير موصوف فلها مهر المثل ومعناه ذكر الثوب ولم يزد عليه) ووجهه أن هذه جهالة الجنس إذ الثياب أجناس . ولو سمى جنسا بأن قال هروى يصح التسمية ويخير الزوج لما بينا ، وكذا إذا بالغ فى وصف الثوب فى ظاهر الرواية لأنها ليست من ذوات الأمثال . وكذا إذا سمى مكيلا أو موزونا وسمى جنسه دون صفته . وإن سمى جنسه وصفته لايخير لأن الموصوف منهما يثبت فى الذمة ثبوتا صحيحا

المثل استغنى عن هذا السؤال وجوابه (قوله وإنما يتخير الزوج) جواب عن سؤال مقدر أن ماذكرتم يقتضى وجوب الوسط . والحكم عندكم وجوب أحد الأمرين منه ومن قيمته حتى تجبر على قبولها . أجاب لما كان الوسط لايعرف إلا بتقويمه صارت القيمة أصلا مزاحما للمسمى كأنها هو فهى أصل من وجه فتجبر على قبول أى أتاها به . وبهذا التقرير يندفع ما قد يقال : إذا كان الحكم ذلك صار كأنه تزوجها على عبد أو قيمته . وفيه يجب مهر المثل لأن هذا التقرير إنما أفاد أن الأصل العبد عينا والقيمة مخلص : ألا يرى إلى التشبيه فى قولنا كأنها هو . وفى المبسوط بعد أن قال لكون المهر عوضا راعينا صفة الوسطية ليعتدل النظر من الجانبين ولكونه مالا يلتزم ابتداء لايمنع جهالة الصفة صحة الالتزام . قال : ولهذا لو أتاها بالقيمة أجبرت على القبول لأن صحة الالتزام باعتبار صفة المالية والقيمة فيه كالعين . هذا وتعتبر القيمة بقدر الغلاء وبالرخص ، ويختلف ذلك بحسب الأوقات وهو الصحيح وإنما قدر أبو حنيفة فى العبيد السود بأربعين دينار اوفى العبيد البيض بخمسين لما كان فى زمانه (قوله وإن تزوجها على ثوب الخ) تقدم الكلام فيه (قوله وكذا إذا بالغ فى وصف الثوب) بأن ذكر بعد نوعه طوله وعرضه ورقته وعلى منوال كذا لايختلف الجواب من أنها تجبر على أخذ القيمة كما على أخذ الثوب . وجعله ظاهر الرواية احترازا عما عن أبى حنيفة يجبر الزوج على عين الوسط وهو قول زفر ، وعما عن أبى يوسف أنه إن ذكر الأجل مع ذلك تعين الثوب لأن موصوفه إذا كان مؤجلا يثبت فى الذمة ثبوتا صحيحا فى السلم ، وإن لم يؤجل تخير الزوج . وعبارته فى المبسوط ، فإن عين صفة الثوب فعلى قول زفر لاتجبر على القيمة إذا أتاها بها ، وعلى قول أبى يوسف إن ذكر الأجل إلى آخر ماذكرناه . ثم قال : وزفر يقول الثوب يثبت فى الذمة موصوفا ثبوتا صحيحا

(أما النكاح فمبناه على المسامحة) فلا يفسد بالجهالة ما لم تفحش . وقوله (وإنما يتخير) متعلق بقوله والزوج مخير ، ومعناه أن لكل واحد من الوسط والقيمة جهة أصالة . أما القيمة فلأن الوسط لايعرف إلا بالقيمة فصارت أصلا فى حق الإيفاء . وأما الوسط فلأن التسمية وقعت عليه فيتخير بينهما وتجبر المرأة على القبول بأيهما أتى . وقوله (وإن تزوجها على ثوب غير موصوف) يعنى لم يذكر نوعا منه . وقوله (إذ الثياب أجناس) يعنى أنها تكون قطنا وكتانا وإبريسما وغيرها . وقوله (وكذا إذا بالغ فى وصف الثوب) معنى المبالغة فيه هو أن يوصله إلى حد يجوز فيه عقد السلم . وقوله (فى ظاهر الرواية) احتراز عما روى عن أبى حنيفة أن الزوج يجبر على تسليم الوسط ، وهو قول زفر لأنه بالمبالغة فيه يلتحق بذوات الأمثال ولهذا يجوز فيه السلم . وعن أبى يوسف أنه إن ضرب الأجل يجبر على الدفع وإلا فلا لأنه بضرب الأجل صار نظير السلم . وجه الظاهر ماذكره أنها ليست من ذوات الأمثال بدليل أن مستهلكها لايضمن المثل فصارت كالعبد (وكذا إذا سمى مكيلا أو موزونا وسمى جنسه) مثل أن يقول تزوجتك على كر حنطة أو من من زعفران ولم يزد على ذلك كان الزوج مخيرا بين الوسط وقيمته (وإن سمى جنسه وصفته لايخير) بل يجبر على الوسط (لأن الموصوف منهما يثبت فى الذمة ثبوتا صحيحا) حالا أو مؤجلا ولهذا

(وإن تزوّج مسلم على خمر أوخنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها)لأن شرط قبول الخمر شرط فاسد فيصح النكاح ويلغو الشرط ، بخلاف البيع لأنه يبطل بالشروط الفاسدة لكن لم تصح التسمية لما أن المسمى ليس بمال فى حق المسلم فوجب مهر المثل(فإن تزوّج امرأة على هذا الدن من الخل فإذا هو خمر فلها مهر مثلها عند أبى حنيفة . وقالا : لها

لأنه بالمبالغة فى ذكر صفته يلتحق بذوات الأمثال ولهذا يجوز السلم فيه ، واشتراط الأجل هناك من حكم السلم لامن حكم ثبوت الثياب دينا فى الذمة فاستوى ذكر الأجل وعدمه . وأجاب بأن قال : لكنا نقول لو باع عبدا بثياب موصوفة فى الذمة لايجوز إلا موجلا وإن لم يكن العقد سلما ، فعرفنا أن الثياب لاتثبت دينا ثبوتا صحيحا لاموجلا اه . وظاهره ترجح قول أبى يوسف ، وقد يقال : بل حاصل الصورة سلم والعبد رأس ماله والثياب المؤجلة المسلم فيه ، ولا يخفى ترجح قول زفر إذ لم يندفع قوله إن اشتراط الأجل ليس من حكم ثبوته فى الذمة وهو ظاهر . وأما المكيل والموزون فإن سمى جنسه كعلى أردب قمح أو شعير دون صفته فكغيره من ثبوته وإجبارها على قبول القيمة وإن وصفه كجيدة خالية من الشعير صعيدية أو بحرية لايخير الزوج ، بل يتعين المسمى لأن الموصوف منهما يثبت فى الذمة صحيحا حالا كالقرض وموجلا كما فى السلم . وعن أبى حنيفة : لاتجبر على القيمة فيما إذا لم يسم الصفة أيضا لأن صحة التسمية إنما توجب الوسط مخيرا بينه وبين القيمة كما فى الفرس والعبد لاتعين الوسط (قوله وإن تزوّج مسلم على خمر أو خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها) وبه قال الثلاثة ، وقالوا فى رواية عن كل منهم : يفسد النكاح لامتناع العوض إذ المسمى يمنع عوضا آخر وهو ممتنع التسليم فى حق المسلم . قلنا : امتناع التسليم لايزيد على فساد التسمية ، وفسادها لايزيد على اعتبارها عدما مع اشتراط قبوله ، والنكاح لايفسد بعدم التسمية ولا بالشرط الفاسد ، بخلاف البيع يفسد بالأوّل لأنه ركنه وبالثانى لأن الشرط الفاسد يصير ربا لأن الشرط زيادة خالية عن العوض فى أحد الجانبين ولا ربا فى النكاح (قوله فإن تزوّج امرأة على هذا الدن من الخل فإذا هو خمر) أو على هذا العبد فإذا هو حر ؛ فعند أبى حنيفة لها مهر مثلها فيهما : وقال أبو يوسف :

جاز استقراضه والسلم فيه . قوله (وإن تزوّج مسلم على خمر أو خنزير فالنكاح جائز ولها مهر المثل لأن شرط قبول الخمر شرط فاسد) معناه أن قوله تزوّجتك على خمر بمنزلة قوله تزوّجتك بشرط قبولك الخمر ، هذا شرط فاسد والنكاح لايبطل به لأن الشرط فيه لايربو على ترك التسمية أصلا وذلك لايفسده فهذا أولى (بخلاف البيع) لأنه يبطل بالشروط الفاسدة لأن الشرط فيه بمعنى الربا وهو يفسده . وفى قوله بخلاف البيع إشارة إلى رد قياس مالك النكاح على البيع فإنه قال تسمية الخمر والخنزير تمنع وجوب عوض آخر ، ولا يمكن إيجاب الخمر والخنزير بالعقد على المسلم فكان كما لو باع عينا بهما ، وقلنا : لما لم تصح التسمية فى نفسها لكون المسمى ليس بمال : أى ليس بمال متقوّم فى حق المسلم لم تمنع وجوب الغير فوجب مهر المثل . قال (فإن تزوّج امرأة على هذا الدنّ من الخل) صورة المسئلة ظاهرة . وحاصل اختلافهم أن محمدا مع أبى يوسف فى ذوات الأمثال فى أن الحكم يتعلق

(قوله وحاصل اختلافهم أن محمدا مع أبى يوسف الخ) أقول : قال العلامة الزيلعى : هذا الكلام لايكاد يصح أبدا لأن محمدا لم يعلق الحكم بكونه من ذوات الأمثال أو من ذوات القيم ، ولم يعتبر هذه الجهة أصلا ، وإنما اعتبر كون المسمى من جنس المشار إليه أم لا ، فإن كان من جنسه يتعلق بالمشار إليه ، وإن كان من خلافه يتعلق بالمسمى سواء كان من ذوات الأمثال أو من ذوات القيم اه . ألا يرى أنه إذا تزوجها على هذه الشاة فإذا هو خنزير ، أو هذه الجارية فإذا هو غلام تعتبر التسمية عند محمد لاختلاف الجنس . وإذا تزوجها على هذا الدن من الخل

مثل وزنه خلا ، وإن تزوّجها على هذا العبد فإذا هو حر يجب مهر المثل عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : تجب القيمة) لأبي يوسف أنه أطمعها مالا وعجز عن تسليمه فتجب قيمته أو مثله إن كان من ذوات الأمثال كما إذا هلك العبد المسمى قبل التسليم . وأبو حنيفة يقول : اجتمعت الإشارة والتسمية فتعتبر الإشارة لكونها أبلغ فى المقصود وهو التعريف ، فكأنه تزوّج على خمر أو حر .

لها مثل وزن الخمر خلا ، وقيمة الحر المشار إليه لو كان عبدا ، وقال محمد بقول أبي حنيفة فى الحر وبقول أبي يوسف فى الخمر . وذكر الحاكم أن قول أبي يوسف الأوّل فى الحر كقولهما . وظاهر كلام الهداية فى

بالتسمية دون مهر المثل ، ومع أبي حنيفة فى ذوات القيم فى إيجاب مهر المثل دون القيمة . ثم الأصل أن المعتبر هو الإشارة عند أبي حنيفة فى الفصول كلها ، والتسمية عند أبي يوسف فى الفصول كلها والإشارة فى الجنس الواحد ، والتسمية فى الجنسين عند محمد ، والمصنف قدم دليل أبي يوسف وهو ظاهر . ثم ذكر دليل أبي حنيفة وقال فيه (لكونها) يعنى الإشارة (أبلغ فى المقصود وهو التعريف) لأن الإشارة بمنزلة وضع اليد على الشيء ، ويحصل بها كمال التمييز لأن الإشارة إلى الشيء واردة غير ممتنعة ، وأما التسمية فمن باب استعمال اللفظ ، ويجوز إطلاق اللفظ وإرادة غير ما وضع له وأخر دليل محمد وكأنه أشار إلى اختيار مذهبه ، ودليله موقوف على تقديم مقدمتين : إحداهما أن المراد بالماهية هو الحقيقة من حيث هى وبالذات موجود فى الخارج يصح أن يكون مشارا إليه إشارة حسية . والثانية أن المراد بالجنس مايكون الفاصل بين آحاده أمرا واحدا فيكون التفاوت يسيرا كالعبد والحر والميتة والمذكاة ، والذكر والأنثى فى غير الإنسان ، وبالجنسين مايكون الفاصل بينهما أكثر من ذلك فيفحش التفاوت كالخل والخمر فإن الفاصل بينهما الاسم والصفة كالحموضة فى الخل والحدة فى الخمر والمعنى كالإسكار وعدمه والجارية والعبد فإن الفاصل بينهما الاسم والصفة ، فإذا ظهر هذا فإذا اجتمعت التسمية والإشارة فى العقد ، فإن كان المسمى والمشار إليه من جنس واحد كان المعتبر هو المشار إليه لأن التسمية هناك لاتدل على ماهية أخرى وإنما تدل على صفة والصفة تتبع الموصوف فى الاستحقاق والموصوف موجود فى المشار إليه لأنه هو المشار إليه لولا الصفة ولم تعتبر الصفة لتبعيتها وإن كانا من جنسين ، فالمعتبر هو المسمى لأن التسمية حينئذ تدل على ماهية خلاف المشار إليه فيكون المسمى مثل المشار إليه فى استحقاق أن يكون مرادا ولا يكون تابعا له لأن المقتضى لعدم شيء لايتبعه فيتعارضان فى الاستحقاق ، والتسمية أبلغ فى التعريف إذا كانا من جنسين من حيث أنها تعرّف الماهية ، والإشارة إنما تعرّف ذاتا مشارا إليه من غير دلالة على حقيقته . هذا الذى سنح لى

فإذا هو متجنس يعتبر الإشارة ويوجب مهر المثل لاتحاد الجنس ، وإن أردت زيادة التفصيل انظر إلى الكافى والزيلعى (قوله ويجوز إطلاق اللفظ وإرادة غير ماوضع له) أقول : فإن من قال هذه الكلبة طالق لامرأته ، أو هذا الحمار حر لعبده يقع الطلاق والعتاق ، وإطلاق الكلبة والحمار تجوز (قوله إحداهما أن المراد بالماهية هو الحقيقة من حيث هى) أقول : أى بلا اعتبار الوجود الخارجى لابلا اعتبار صفة مطلقا ، فلا ينافى كلامه هنا لما سيذكره فى كتاب البيع ، ويدل على ماذكرنا قوله بعد أسطر وإنما يدل على صفة فتأمل (قوله وبالذات الخ) أقول : فى قوله والإشارة تعرف الذات لافى قوله موجود فى المشار ذاتا ، فإن لفظ الذات فيه بمعنى نفس الحقيقة من حيث هى بدون الصفة (قوله فيكون التفاوت يسيرا كالعبد والحر والميتة والذكية والذكر والأنثى فى غير الإنسان) أقول : والمالية فى العبد وحل الانتفاع فى الذكية من الأحكام دون الأوصاف ، إلا أن فى الذكر والأنثى كلاما لايخفى (قوله والمعنى كالإسكار الخ) أقول : عطف على الصفة (قوله والصفة تتبع الموصوف فى الاستحقاق) أقول : أى فى استحقاق الإرادة (قوله لأنه هو المشار إليه الخ) أقول : لا يظهر مما ذكره وجه ترجيح جانب الإشارة على جانب التسمية ، فإن دلالة التسمية على ذات موصوفة بصفة ، كما أن المشار إليه ذات موصوفة بصفة (قوله لولا الصفة) أقول : التى فى المشار إليه (قوله ولم تعتبر الصفة) أقول : التى تدل عليها التسمية (قوله تعرف الماهية) أقول : التى هى الأصل

ومحمد يقول: الأصل أن المسمى إذا كان من جنس المشار إليه يتعلق العقد بالمشار إليه لأن المسمى موجود فى المشار إليه ذاتا ، والوصف يتبعه وإن كان من

التعليلات مقتضى افتراقهم فى مبانى الخلاف لأنه خص أبا يوسف بما حاصله أنه سمى لها مالا وتعذر تسليمه فتجب قيمته فى القيمى والمثل فى المثلى . والعبد قيمى والخمر مثلى . ثم قال وأبو حنيفة يقول : لما اجتمعت الخ والتحقيق أنه لاخلاف بينهم فيه .[فى]الإيضاح : لا خلاف بينهم أن المعتبر المشار إليه إن كان المسمى من جنسه وإن كان من خلاف جنسه فالمسمى . وفى إشارات الأسرار قال : هذا الخلاف ينشأ من أصل مجمع عليه إلى آخر معنى ماذكرنا وما نذكر ، ولأن هذا الأصل متفق عليه فى البيوع والإجارات وسائر العقود . وتفصيله من الكافى قال : هذه المسائل مبنية على أصل . وهو أن الإشارة والتسمية إذا اجتمعتا والمشار إليه من خلاف جنس المسمى فالعبرة للتسمية لأنها تعرّف الماهية والإشارة تعرّف الصورة فكان اعتبار التسمية أولى لأن المعانى أحق بالاعتبار . وإن كان المشار إليه من جنس المسمى إلا أنهما اختلفا وصفا فالعبرة للإشارة لأن المسمى موجود فى المشار إليه ذاتا ، والوصف يتبعه : أى يتبع الذات ؛ ألا ترى أن من اشترى فصا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج لاينعقد لاختلاف الجنس . ولو اشتراه على أنه أحمر فإذا هو أخضر ينعقد لاتحاده . والشأن فى التخريج على هذا الأصل ؛ فأبو يوسف يقول : الحر مع العبد والخل مع الخمر جنسان مختلفان فى حق الصداق لأن أحدهما مال متقوّم يصلح صداقا والآخر لا . فالحكم حينئذ بالمسمى وكأن الإشارة تبين وصفه كأنه قال : عبد كهذا الحر وخل كهذا الخمر . ومحمد يقول : العبد مع الحر جنس واحد ، إذ معنى الذات لايفترق فيهما . فإن منفعتهما تحصل على نمط واحد ، فإذا لم يتبدل معنى الذات اعتبر جنسا واحدا ، فالعبرة للإشارة والمشار إليه لايصلح مهرا فوجب مهر المثل ، أما الخل مع الخمر فجنسان ، إذ المطلوب من الخمر غير المطلوب من الخل ، فالحكم فيه كما قال أبو يوسف . وأبو حنيفة يقول : لا تأخذ الذاتان حكم الجنسين إلا بتبدل الصورة والمعنى ، لأن كل موجود من الحوادث

فى حل هذا المحل ، وأزيدك بيانا وهو أن كل موضع دلت التسمية فيه على معنى يتحقق المشار إليه عند ارتفاعه فهو جنس واحد ، فإن صفة كونه عبدا إذا ارتفعت عاد حرا لعدم الواسطة ، وكذا فى الميتة والذكية والذكر والأنثى ، وكل موضع دلت التسمية فيه على معنى لم يتحقق المشار إليه عند ارتفاعه لوجود الواسطة فهما جنسان ، فإن صفة كونه خلا إذا ارتفع لايلزم أن يكون خمرا لجواز أن يكون عصيرا ، وكذا إذا ارتفع كونها جارية

(قوله فإن صفة كونه عبدا إذا ارتفعت عاد حرا لعدم الواسطة) أقول : فيه بحث لجواز أن يكون جارية ، كما يجوز أن تكون عبدا إذا ارتفع كونها جارية ، ويجوز أن يجاب عنه بأن يقال : المراد ارتفاع الصفة فقط مع بقاء الذات والموصوف ، وهو فى العبد هو الإنسان الذكر وفى الميتة هى الشاة ، وكذا فى الذكر والأنثى منها ، وفى الخل ماء العنب ، وفى الجارية هو الإنسان الأنثى فليتأمل (قال المصنف : لأبى يوسف أنه أطمعها مالا وعجز عن تسليمه فتجب القيمة) أقول : قال ابن الهمام : ظاهر كلام الهداية فى التعليلات يقتضى افتراقهم فى مبانى الخلاف لأنه خص أبا يوسف بما حاصله سمى لها مالا وتعذر تسليمه فتجب قيمته فى القيمى والمثل فى المثلى والعبد قيمى والخل مثلى . ثم قال : وأبو حنيفة رحمه الله يقول : لما اجتمعت الخ ، والتحقيق أنه لاخلاف بينهم فيه اهـ . أضاف المصنف فى كتاب البيع هذا الأصل إلى محمد واستدل به على مسئلة وفاقية ، فالإضافة إليه تدل على التخصيص ، والاستدلال على الوفاقية يدل على الاتفاق ، والظاهر هو الثانى ، والتخصيص يجوز أن يكون للتخريج فليتأمل (قال المصنف : ومحمد يقول الأصل أن المسمى إذا كان من جنس المشار إليه)

خلاف جنسه يتعلق بالمسمى لأن المسمى مثل للمشار إليه وليس بتابع له ، والتسمية أبلغ فى التعريف من حيث أنها تعرّف الماهية ، والإشارة تعرّف الذات ؛ ألا ترى أن من اشترى فصا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج لاينعقد العقد لاختلاف الجنس ، ولو اشترى على أنه ياقوت أحمر فإذا هو أخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس . وفى مسئلتنا العبد مع الحر جنس واحد لقلة التفاوت فى المنافع . والخمر مع الخل جنسان لفحش التفاوت فى المقاصد (فإن تزوّجها على هذين العبدين فإذا أحدهما حر فليس لها إلا الباقى إذا ساوى عشرة دراهم عند أبى حنيفة)

موجود بها ، وصورة الخل والخمر والحر والعبد واحدة فاتحد الجنس ، فالعبرة للإشارة فيهما والمشار إليه غير صالح فوجب مهر المثل اهـ .وغاية الأمر أن يكون سمى الخمر خلا والحر عبدا تجوّزا ، وذلك لايمنع تعلق الحكم بالمراد كما لو قال لامرأته هذه الكلبة طالق ولعبده هذا الحمار حر تطلق ويعتق ، فظهر أن لا اختلاف بينهم فى الأصل بل فى اختلاف الجنس واتحاده ، فلزم أن ماذكر فى بعض شروح الفقه من أن الجنس عند الفقهاء المقول على كثيرين مختلفين بالأحكام إنما هو على قول أبى يوسف ، وعند محمد المختلفين بالمقاصد ، وعند أبى حنيفة هو المقول على متحدى الصورة والمعنى . ثم لايخفى أن اللائق كون الجواب على قول أبى يوسف وجوب القيمة أو عبد وسط لأن إلغاء الإشارة واعتبار المسمى يوجب كون الحاصل أنه تزوّجها على عبد و حكمه ما قلنا ، ولو تزوّجها على عكس ماذكرنا : أى على هذا الدن من الخمر فإذا هو خل . أو على هذا الحر فإذا هو عبد ، أو على على هذه الميتة فإذا هى ذكية ، فلها المشار إليه فى الأصح عند أبى حنيفة ، وإن روى عنه مهر المثل وقد مر على أصله . وبالأصح عن أبى حنيفة قال أبو يوسف : فأوجب الذكية وما معها ، وأوجب محمد المذكاة ومهر المثل فى الخمر فمر على أصله ، وأبو يوسف خالف أصله واعتذر عنه بأنه جمع بين الإشارة والتسمية ، وصحت إحداهما وبطلت الأخرى ، فاعتبرت الصحة وصارت الأخرى كأن لم تكن . وكذا خالف أبو حنيفة الأصل المذكور له على تلك الرواية القائلة بوجوب مهر المثل . ووجه بأنه يقول الموجب الأصلى مهر المثل ، وإنما اعتبرنا الإشارة هناك لتجب ، ولو اعتبرناها هنا لايجب فلا تعتبر ليجب مهر المثل لأنه هو الأصل (قوله فإن تزوّجها على هذين العبدين فإذا أحدهما حر فليس لها عند أبى حنيفة إلا الباقى إذا ساوى عشرة) فإن لم يساو عشرة كملت العشرة

لايلزم أن تكون عبدا لجواز أن تكون حرة ، وعلى هذا إذا تزوّجها على هذين العبدين فإذا أحدهما حر فليس لها إلا الباقى إذا ساوى عشرة دراهم عند أبى حنيفة لأنه يعتبر الإشارة والإشارة إلى الحر تخرجه عن العقد فكان تسمية العبد الثانى لغوا وكأنه تزوّجها على عبد فليس لها إلا ذلك ، ولا يجب مهر المثل لأنهما لايجتمعان . ووجه أبى يوسف ظاهر ، وكذا وجه محمد لأنه فى الجنس الواحد تعتبر الإشارة ، ولو كانا حرين وجب تمام مهر المثل عنده ، فإذا كان أحدهما عبدا يجب العبد وتمام مهر المثل ، والمصنف ذكر فى دليل أبى حنيفة قوله لأنه

أقول : هذا الأصل متفق مجمع عليه لكن أبا يوسف يقول : العبد المسمى والخل المسمى مال صالح لجعله مهرا والحر والخمر لايصلحان فكانا جنسين فى المهر . وأبوحنيفة رحمه الله اعتبر الذات والمعنيان الخلية والخمرية والرقية والحرية يتصور إثباتهما لذات واحدة على التعاقب ، فلم يتصور اختلاف الجنس باختلاف المعنيين . وباقى التفصيل فى شرح الكافى ، فعلى هذا إذا تزوجها على هذه الجارية فإذا هى غلام ينبغى أن تعتبر التسمية عند أبى حنيفة لاختلاف الجنس عنده أيضا كما سيجىء فى البيع ، بخلاف تقرير المصنف فعليك بالتأمل والتتبع (قوله وجب تمام مهر المثل عنده الخ) أقول : وكذا عند أبى حنيفة فلا وجه للتخصيص ظاهرا (قوله يجب العبد وتمام مهر المثل) أقول : لانعدام رضاها بالباقى

لأنه مسمى ، ووجوب المسمى وإن قل يمنع وجوب مهر المثل (وقال أبو يوسف : لها العبد وقيمة الحر عبدا) لأنه أطمعها سلامة العبدين وعجز عن تسليم أحدهما فتجب قيمته (وقال محمد) وهو رواية عن أبى حنيفة (لها العبد الباقى وتمام مهر مثلها إن كان مهر مثلها أكثر من قيمة العبد) لأنهما لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل عنده

(لأنه مسمى ، ووجوب المسمى) المستحق بأصل العقد (وإن قل يمنع وجوب مهر المثل. وقال أبو يوسف : لها العبد وقيمة الحر) لو كان (عبدا) لأنها ما رضيت إلا بهما وتعذر تسليم أحدهما فتجب القيمة . وقال محمد : لها الباقى وتمام مهر مثلها إن لم يبلغ الباقى مهر المثل ، وهو رواية عن أبى حنيفة . فعلى هذا لو بلغ الباقى مهر المثل لايزاد عليه فيتحد بقول أبى حنيفة لأنهما لو كانا حرين يجب مهر المثل فإذا كان أحدهما حرا ولم يبلغ الباقى مهر المثل تمم مهر المثل دفعا للضرر عنها . فهنا مقامان لهما : مقام اختلفا فيه وهو تعيين الواجب مع الباقى ومقام اتفقا فيه وهو عدم الاقتصار على الباقى ولهما فيه الإلحاق بالمسئلة السابقة : أعنى ما إذا تزوجها على ألف وأن لايخرجها من البلد ولم يف حيث يكمل مهر المثل لأنها لم ترض بذلك القدر فقط ، وقد امتنع الباقى فلم يجب الاقتصار عليه . والجواب الفرق بأن الفائت فى السابقة لم يستحق بأصل العقد مدفوع بأن لا أثر لاستحقاق مستحق خاص بأصل العقد فى دفع استحقاق غيره ، ولزوم مهر المثل فيها ليس إلا لعدم رضاها بذلك القدر تسمية إذ لم ترض إلا بالكل ، غير أن الفائت هناك لما لم يتقوم صير إلى مهر المثل ، وهنا يتقوم بمعنى يقوم هذا الحر عبدا فتجب قيمته ، وعلى هذا يترجح قول أبى يوسف من حيث الوجه . وقد يجاب بأن جبر الفائت هناك لعدم رضاها وعدم تقصيرها فى تعيين ماترضى به ، أما هنا فهى المقصرة فى الفحص عن حال المسميين فإنه مما يعلم بالفحص بخلاف السابقة لأن عدم الإخراج وطلاق الضرة إنما يعلم بعد ذلك فكانت هنا ملتزمة للضرر معنى . هذا وقد خرجت هذه المسئلة على مايليها من الأصل الذى ذكرناه ؛ فعند أبى حنيفة تسمية العبد عند الإشارة إلى الحر لغو ، وإذا لغا تسمية أحد العبدين صار كأنه تزوجها على عبد فليس لها غيره . وعند أبى يوسف تسمية العبد معتبرة مع الإشارة إلى الحر ، فاعتبر تسمية العبدين لكنه عجز عن تسليم أحدهما فوجبت قيمته . ومحمد يقول : الأمر كما قال أبوحنيفة إن تسمية العبد عند الإشارة إلى الحر لغو ، لكنها لم ترض فى تمليك بضعها بعبد واحد فيجب النظر إلى مهر المثل لدفع

مسمى بناء على ما ذكرنا أن الإشارة أبطلت العبد الثانى . وقوله (ووجوب المسمى وإن قل يمنع وجوب مهر المثل) اعترض عليه بما قال قبل هذا ، ولو تزوجها على ألف إن أقام بها إلى أن قال وإن أخرجها فلها مهر المثل ، وبما قال فى الزيادات أن الرجل إذا تزوج امرأة على ألف درهم وعلى أن يعتق أباها ثم إن لم يف بالشرط فلها الألف إلى تمام مهر مثلها . وهذا يدل على أن ذكر المسمى لايمنع وجوب مهر المثل . وأجيب بأن ذلك الشرط استحق بعقد النكاح ، ففواته يوجب فوات رضاها فيكمل لها مهر المثل . وأما الحر فلم يستحق أصلا . وبأن الوقوف على ماشرط غير ممكن لأنه شرط على خطر الوجود ، فلو لم يجب لها إلى تمام مهر المثل لزمها ضرر لا يمكن الاحتراز

(قوله اعترض عليه بما قال قبل هذا الخ) أقول : كيف ينتقض به ولا وجوب للمسمى فيه من حيث أنه مسمى لفساد التسمية الثانية تأمل (قوله وهذا يدل على أن ذكر المسمى) أقول : والأنسب أن يقول وجوب المسمى (قوله وأجيب بأن ذلك الشرط استحق بعقد النكاح الخ) أقول : جواب عن السؤال الثانى لأن شرط عدم الإخراج فاسد لايستحق بالنكاح . ويرد عليه أنه إذا كان مستحقا فلم لايجبر على إيفائه (قوله يوجب فوات رضاها) أقول : بالألف (قوله وبأن الوقوف على ماشرط غير ممكن الخ) أقول : فيه بحث ، فإن إتمام التعليل بقيد لم يذكره أولا يعد انقطاعا ذكره الشارح فى السلم فراجعه (قوله فلو لم يجب لها الخ) أقول : الزائد على الألف

فإذا كان أحدهما عبدا يجب العبد وتمام مهر المثل (وإذا فرّق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول

الضرر ، ولا جواب إلا بما قلنا من التزامها لذلك حيث قصرت إن تم ، وإلا فالأوجه قول أبي يوسف ، وكونها مقصرة بذلك ممنوع إذ العادة مانعة من التردد في أن المسمى حر أو عبد . وقريب من هذا مالو تزوجها على هذه الثياب العشرة فإذا هي تسعة ليس لها غير التسعة ، وحكم محمد بها كما قال أبو حنيفة إن ساوت مهر مثلها أو زادت وإلا كمل لها مهر مثلها ، وفي فتاوى الخاصي : من علامة العين تزوّجها على هذه الأثواب العشرة فإذا هي أحد عشر ، فإن كان مهر مثلها أحد عشر وزيادة فلها أحد عشر عند أبي حنيفة وبه يفتى ، لأن المهر إحدى العشرتين أجودهما أو أردأهما فصار كما إذا تزوّج على أحد هذين العبدين ، أما إذا وجدت تسعة فلها التسعة لاغير عنده وبه يفتى ، فرق بين هذا وبين ما إذا تزوّجها على هذه الأثواب العشرة الهروية فإذا هي تسعة حيث كان لها التسعة وثوب آخر في قولهم جميعا لأن في الأولى المنطوق به الثوب المطلق ، والثوب المطلق لايجب مهرا ألا ترى أنه لو تزوّجها على ثوب مطلق يجب مهر المثل ، وفي الثانية المنطوق به ثوب هروى وهذا يجب مهرا . وشرح العبارة الأولى أن التزوّج إنما وقع على عشرة ، وحين وجدت أحد عشر فلا بد أن تشتمل غالبا على عشرة هي أجود الأحد عشر وعشرة هي أرداد الأحد عشر فصارت التسمية عشرة من أحد عشر إما أردؤها أو أجودها . وبه تفسد التسمية عند أبي حنيفة فيحكم مهر المثل ، فإذا كان أحد عشر أو أكثر فلها الأحد عشر لرضاها بالنقصان ، وإن كان بين العشرة التي هي الأردأ والعشرة التي هي الأجود تعين ، أعني مهر المثل ، كما لو كان بين أوكس العبدين وأجودهما ، وإن كان أقل من أردإ العشرتين أو مثلها تعين العشرة الرديئة كما لو كان أقل من أوكس العبدين أو مثله ، هذا قياس قوله . وأما قياس قولهما فصحت التسمية وتعين أردؤهما مطلقا كما عينا أوكس العبدين كذلك . وشرح عبارة التسعة أنه إذا ظهرت العشرة تسعة ولم يصفها بالهروية فكأنه تزوّجها على هذه التسعة وثوب آخر وهو مطلق فيلغو وتجب التسعة فقط ، بخلاف ما إذا وصفها بالهروية لأن المعنى أنه تزوّجها على هذه التسعة وثوب هروى فلا تبطل تسميته ، غير أن مقتضى الأصل أن يتخير فيه بين عينه وقيمته ، والله أعلم (قوله وإذا فرّق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد) وهو كتزوّج الأخت في عدة الأخت أو الخامسة في عدة الرابعة أو الأمة على الحرة ، فإن كان قبل الدخول فلا مهر لها خلا بها أو لم يخل لأن المهر لايجب في النكاح الفاسد إلا بالدخول ؛ وإنما لم تقم الخلوة فيه مقام الدخول لأن التمكن منها فيه منتف شرعا ، بخلاف الصحيح فإنه يجب فيه بالعقد ويكمل بالخلوة لو طلقها فيه قبل الدخول لأن الخلوة فيه أقيمت مقام الدخول لثبوت التمكن من الوطء شرعا وحسا . فإن دخل بها بجماع في القبل فلها مهر مثلها لايزاد على المسمى عندنا خلافا لزفر رحمه الله اعتبره بالبيع الفاسد حيث تجب فيه القيمة إذا امتنع الرد ، ونحن نقول المستوفى ليس بمال وإنما يتقوّم بالتسمية ، فإن زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية ، وإن نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لعدم التسمية . وأورد عليه لزوم التناقض لأنك أسقطت اعتبار التسمية إذا زادت على مهر المثل ، ثم اعتبرتها إذا نقصت منه ، فإن كانت فاسدة يجب شمول العدم ، وإن كانت صحيحة فشمول الوجود . وأجاب المورد بأنها صحيحة من وجه فاسدة من وجه ؛ صحيحة من حيث أن المسمى مال ، فاسدة من حيث أنها وجدت في عقد فاسد فاعتبرنا

عنه ، أما ههنا فيمكن الوقوف على ما أشار إليه قبل النكاح بالتفحص ، فلو لزمها ضرر لزمها بضرب من تقصيرها . قال (وإذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد) النكاح الفاسد مثل النكاح بلا شهود ونكاح

فلا مهر لها) لأن المهر فيه لايجب بمجرد العقد لفساده. وإنما يجب باستيفاء منافع البضع (وكذا بعد الخلوة) لأن الخلوة فيه لايثبت بها التمكن فلا تقام مقام الوطء (فإن دخل بها فلها مهرمثلها لايزاد على المسمى) عندنا خلافا لزفر. هو يعتبره بالبيع الفاسد . ولنا أن المستوفى ليس بمال وإنما يتقوم بالتسمية فإذا زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية ، وإن نقصت لم تجب الزيادة على المسمى

فسادها إذا زادت وصحتها إذا نقصت لانضمام رضاها . والحق أن هذه التسمية ليست إلا فاسدة ، وقد صرح المصنف ببطلانها ، إذ ليس معنى فساد التسمية إلا كون المسمى ليس بمال أو وقوعه فى عقد فاسد كل منهما يستقل بفسادها وبفسادها أوجب المصير إلى مهر المثل لأنه القيمة للبضع شرعا . وتقرير الكتاب لاتجب الزيادة لعدم التسمية : أى لأنها لم تسمها فكانت راضية بالحط مسقطة حقها فى الزيادة إلى تمامه حيث لم تسم تمامه . وإذا علمت فساد التسمية علمت أن المصير فى العقد الفاسد إلى مهر المثل بالدخول اتفاقا بيننا وبين زفر رحمه الله ، غير أنه يوجبه بالغا مابلغ ونحن لانجاوز به المسمى لما ذكرنا . فوجه الاستدلال أن يقال : سلمنا أن الواجب فيه مهر المثل لكنها رضيت بإسقاط بعض حقها ، ونترك باقى المقدمات لأنه لاحاجة إليها بل لاتصح ، لأن قوله إنما يتقوّم بالتسمية ، إن أراد فى النكاح الصحيح فالحصر ممنوع بل تارة بها وتارة بمهر المثل ، وإن أراد فى الفاسد فقد ظهر أنها لا تصح فيه حتى صار خاليا عن التسمية ووجب مهر المثل ، غير أنه اعتبر حطها . فإن قيل : لم اعتبر رضاها بالحط ولم يعتبر رضاها بالزيادة فلم يوجبوا المسمى إذا زاد على مهر المثل ؟ فالجواب أنا لو أوجبناه

الأخت فى عدة الأخت فى الطلاق البائن ونكاح الخامسة فى عدة الرابعة ونحوها وكلامه واضح . وقوله (هو يعتبره البيع الفاسد) يعنى أن القيمة فى البيع الفاسد تجب بالغة مابلغت وإن زادت على الثمن ، فكذلك مهر المثل وإن زاد على المسمى لكون كل واحد منهما موجبا أصليا ، فإذا اعترض الفساد يرجع إلى الموجب الأصلى (ولنا أن المستوفى) أى من منافع البضع بهذا العقد هو (ليس بمال) وكل ماليس بمال ليس بمتقوّم ، فالمستوفى به ليس بمتقوم (وإنما يتقوّم بالتسمية) والتسمية غير صحيحة فبطلت ، ولا بد من تقوم المستوفى من منافع البضع شرعا فصرنا إلى ماهو قيمتها فى مثل هذا العقد بدون التسمية وهو عقد المفوّضة إذا كان صحيحا وذلك مهر المثل فيبطل ،

(قوله لكون كل واحد منهما موجبا أصليا الخ) أقول : هذا الكلام لايفيد الإلزام على أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ، لأن الموجب الأصلى عندهما المسمى كما سبق (قوله ولنا أن المستوفى أى من منافع البضع بهذا العقد الخ) أقول : أى العقد الفاسد الذى سمى فيه المهر ، وإلا فالنكاح الفاسد إذا لم يسم فيه مهر يجب مهر المثل لها بالغا مابلغ على ماصرحوا به (قوله هو ليس بمال وكل ماليس بمال ليس بمتقوم الخ) أقول : يشير إلى أنه مهدولة حتى يوجد إيجاب الصغرى (قال المصنف : لعدم صحة التسمية) أقول : أى من كل وجه ، وهذا التعليل على هذا التقرير يختص بمذهب أبى حنيفة ، وإلا فعندهما الموجب الأصلى هو المسمى ، إلا أن لاتصح التسمية أصلا فيعدل إلى مهر المثل وقد مر فيما سبق (قال المصنف : لانعدام التسمية) أقول : أى تسمية الزيادة على المسمى ، قال ابن الهمام : لعدم التسمية : أى لأنها لم تسمها فكانت راضية بالحط مسقطة حقها فى الزيادة إلى تمامه حيث لم تسم تمامه إلى آخر ماذكره فراجعه فإنه مفيد جدا (قوله ولابد من تقوم المستوفى الخ) أقول : لايخفى عليك مناقضة آخر كلامه لأوله فإن المستفاد من أوله أنه غير متقوم لافى نفسه ولا بالتسمية لبطلانها ، ومن آخره أنه متقوم فى نفسه بدون التسمية مع أنه حصر تقومها أولا فى كونه بالتسمية فليتأمل ، فإنه يجوز أن يقال : إنه قصر إضافى بالنسبة إلى تقومه فى نفسه بحسب عرف التجار ألا يرى أنه لايتقوم فى الزنا ولا كذلك المبيع ، ويجوز أن يقال : مراده فى الأول أنه غير متقوم فى عرف التجار كالمبيع فلا يناقض لآخره ، أو المراد أنه غير متقوم بتنصيص الشارع كما هو الظاهر من تقريره ، وفيه بحث (قوله فصرنا إلى ماهو قيمتها فى مثل هذا العقد بدون التسمية وهو عقد المفوضة) أقول : قوله هو راجع إلى مثل فى قوله فى مثل هذا العقد

لانعدام التسمية . بخلاف البيع لأنه مال متقوّم فى نفسه فيتقدر بدله بقيمته

فإما لأنه مسمى وقد بطل وإما لرضاها ، ومجرد الرضا بالتمليك لايثبت لزوم القضاء به لأن به لايدخل فى ملك الآخر بالقبض ، بخلاف الرضا بالحط لأنه إسقاط فيتم بالواحد، وعلى هذا لاتتم المعارضة لزفر رحمه الله بما فى الترمذى وغيره من قوله صلى الله عليه وسلم « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل » الحديث ، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها . فكان وجوب مهر المثل أصلا فى كل نكاح فاسد . هذا بعد ما فيه مما قدمنا فى باب الأولياء والأكفاء .

[فروع] لايصير محصنا بهذا الدخول إلا عند أبى ثور . وأجمعت الأمة على أنه لايكون محصنا فى العقد الصحيح إلا بالدخول ؛ ثم لو تكرر الجماع لم يلزمه سوى مهر واحد وهو ماذكرنا ، بخلاف ما إذا تكرر وطء الابن لجارية الأب وادعى الشبهة فإنه يلزمه بكل وطء مهر والأصل أن الوطء فى غير الملك إن كان بشبهة اشتباه تعدد المهر بتكرره ، وإن كان بشبهة ملك لايتعدد بتعدده ، ففى جارية الأب وجارية الزوجة إذا وطئها لخروج الثابت فى حقهما شبهة الاشتباه فيتكرر بتكرره . وفى جارية الابن إذا وطئها الأب والمكاتبة إذا وطئها السيد والزوجة فى النكاح الفاسد أو فى النكاح الصحيح إذا ظهر بعد تعدد الوطء أنه كان حلف بطلاقها الثابت فى حقهم شبهة الملك ، وتقرر الوطء فى الملك لايتعدد به المهر فكذا فى شبهته . وأما إذا وطئ أحد الشريكين الجارية المشتركة مرارا قال الشيخ حسام الدين : لم يذكره فى الكتاب ، وكان الشيخ برهان الدين والدى يقول : يتعدد المهر لأنه فى النصف الآخر ليس له شبهة ملك فصار بمنزلة جارية الأب فى حق الابن . ولو وطئها بعد التفريق فى النكاح الفاسد يحد لانتفاء الشبهة . ولو زنى بامرأة فتزوجها وهو مخالطها ثم أتم الجماع لزمه مهران : مهر المثل بالزنا لما سقط عنه الحد حين تزوجها قبل تمامه والمهر المسمى بالنكاح وإن طلقها فى الحال لأن هذا أكثر من الخلوة . وفى الخلاصة فى الجنس الخامس من فصل المهر : لو وطئ المعتدة عن طلاق ثلاث وادعى الشبهة هل يلزمه مهر واحد أم بكل وطء مهر ؟ قيل : إن كانت الطلقات الثلاث جملة واحدة فظن أنها لم تقع فهو ظن فى موضعه فيلزمه مهر واحد ، وإن ظن أنها تقع لكن ظن أن وطأها حلال فهذا ظن فى غير موضعه فيلزمه بكل وطء مهر . وفى نوادر هشام عن محمد رحمه الله : اشترى جارية فوطئها مرارا ثم استحقت فعليه مهر واحد ، وإن استحق نصفها فعليه نصف

مازاد عليه ، وهذا يقتضى أن لاينقص من مهر المثل إذا زاد على المسمى لكن الزيادة على المسمى لاتجب (لانعدام التسمية) أى تسمية الزيادة على المسمى . فإن قلت : هل هذا إلا تناقض لأنك أسقطت اعتبار التسمية إذا زادت على مهر المثل ثم اعتبرتها إذا نقصت منه وهى إن كانت فاسدة يجب شمول العدم وإن كانت صحيحة يجب شمول الوجود ؟ قلت : هى صحيحة من وجه دون وجه ، صحيحة من حيث أن المسمى مال متقوم لأن فرض المسئلة فيه ، فاسدة من حيث أنها وجدت فى عقد فاسد فاعتبرنا فسادها إذا زادت وصحتها إذا انتقصت لانضمام رضاها إليها ، وهذا الحل من خواص هذا الشرح . وإنما قيدت المستوفى بقولى بهذا العقد لأن الكلام فيه ولئلا ينتقض بالمفوّضة فإن المستوفى هناك أيضا ليس بمال ولم يتقوّم بالتسمية بل بالعقد . وقوله (بخلاف البيع) جواب عن قول

(قوله قلت هى صحيحة من وجه دون وجه الخ) أقول : فعلى هذا يكون التعليل مختصا بأبى حنيفة ، وإلا فعندهما إذا صحت التسمية من وجه لايصار إلى مهر المثل كما سبق غير بعيد ، إلا أن يقال ذلك فى النكاح الصحيح فليتأمل (قوله وإنما قيدت المستوفى الخ) أقول : لايفيد ذلك التقييد فى دفع الانتقاض ، إذ المنتقض هو الكبرى وهى على حالها .

وعليها العدة) إلحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط وتحرزا عن اشتباه النسب . ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطآت ، هو الصحيح لأنها تجب باعتبار شبهة النكاح ورفعها بالتفريق

المهر . وفى آخر حدود خواهر زاده : الصبي إذا زنى بصبية فعليه المهر ، وإن أقربذلك لا مهر عليه ، وإذا زنى الصبي ببالغة مكرهة فعليه المهر ، وإن دعته إلى نفسها لا مهر عليه ، ولو دعت صبية صبيا عليه المهر ، وكذا لو دعت أمة صبيا ، والمراد من المهر العقر (قوله وعليها العدة) يعنى إذا فارقها وقد دخل بها لا بمجرد الخلوة لأنها لا تقام مقام الوطء فى النكاح الفاسد ، وينبغى أن لا يجب عليها الإحداد . فى الأصل فيما إذا دخل الرجل على غير امرأته فدخل بها قال عليه مهر لها لأنه دخل بها بشبهة النكاح لأن خبر الواحد حجة فى المعاملات فيصير شبهة تسقط الحد ويجب المهر . قال فى الكتاب : وعليها العدة ويثبت نسب ولدها منه ، ولا تتقى فى عدتها ماتتقى المعتدة بنحوه قضى [1] رضى الله عنه ، ولأن الإحداد لإظهار التأسف على فوات نعمة النكاح وليس ذلك فى الوطء بشبهة ولا نفقة فى هذه العدة لأن وجوبها باعتبار الملك الثابت بالنكاح وهو منتف هنا ولأنها النفقة التى كانت واجبة بأصل النكاح تبقى فى العدة ولم يكن لها عليه نفقة مستحقة ههنا لتبقى ، ولا يرجع بالمهر على الذى أدخلها عليه لأنه هو المستوفى للبدل . ولوكانت هذه أخت امرأته حرمت عليه امرأته إلى انقضاء عدتها (قوله ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطآت هو الصحيح) احترازا عن قول زفر لأنها إنما تجب باعتبار شبهة النكاح ، ورفع هذه الشبهة بالتفريق أو بالافتراق بالمتاركة إذ لا يتحقق الطلاق فى النكاح الفاسد فلا يرتفع إلا بما قلنا ، ولا تتحقق المتاركة إلا بالقول بأن يقول تاركتك أو خليت سبيلك أو خليتها أو تركتها ، أما لو تركها ومضى على ذلك سنون لم يكن لها أن تتزوج بآخر . قال الشيخ الإمام فخر الدين قاضيخان : هذا فى المدخول بها

زفر وهو واضح . وقوله (وعليها العدة) يعنى فى النكاح الفاسد إذا دخل بها لما ذكر أن الخلوة فيه لا تقوم مقام الدخول فلا بد من حقيقة الدخول لوجوب العدة ، ويعتبر الجماع فى القبل حتى يصير مستوفيا للمعقود عليه . وقوله (إلحاقا للشبهة بالحقيقة) أى الثابت من وجه بالثابت من كل وجه (فى موضع الاحتياط) وكان قوله (وتحرزا عن اشتباه النسب) تفسيرا للاحتياط بطريق العطف (ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطآت) وقال زفر : يعتبر من آخر الوطآت حتى إذا وطىء فى النكاح الفاسد ثم رأت ثلاث حيض ثم فرق القاضى تعتد عندنا وعنده تكون عدتها منقضية . وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول زفر . وقوله (لأنها تجب باعتبار شبهة النكاح) يعنى من حيث وجود ركنه من الإيجاب والقبول (و) شبهة النكاح (رفعها بالتفريق) وقوله التفريق فى موضعين يشير إلى أنه لابد من مفرق وليس رفع النكاح موقوفا على تفريق القاضى بل لكل واحد من الزوجين فسخ هذا النكاح بغير محضر من صاحبه عند بعض المشايخ . وعند بعضهم إن لم يدخل بها فكذلك الجواب ، وإن دخل بها فليس لواحد منهما حق الفسخ إلا بمحضر من صاحبه كما فى البيع الفاسد فإن لكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ دون محضر من صاحبه قبل القبض وليس له ذلك بعد القبض ؛ فإما أن يكون التفريق بمعنى الرفع والرافع كل واحد منهما ، وإما أن يكون وضع المسئلة فيما إذا رفعا حكمهما إلى الحاكم .

(قوله تفسيرا للاحتياط بطريق العطف) أقول : فيه شيء .

---

(١) هكذا بياض ببعض النسخ ، وكتب عليه انظر من القاضى اه كتبه مصححه .

(ويثبت نسب ولدها) لأن النسب يحتاط فى إثباته إحياء للولد فيترتب على الثابت من وجه . وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد وعليه الفتوى لأن النكاح الفاسد ليس بداع إليه والإقامة باعتباره . قال (ومهر مثلها يعتبر بأخواتها وعماتها وبنات أعمامها) لقول ابن مسعود : « لها مهر مثل نسائها لاوكس فيه ولا شطط » وهن أقارب الأب ، ولأن الإنسان من جنس قوم أبيه ، وقيمة الشيء إنما تعرف بالنظر فى قيمة جنسه

أما فى غيرها فبتفرق الأبدان بأن لايعود إليها . ولكل منهما فسخ الفاسد بغير حضور الآخر . وقيل بعد الدخول ليس له ذلك إلا بحضور الآخر . وعلم غير المتارك ليس شرطا لصحة المتاركة على الأصح . وإنكار النكاح إن كان بحضرتها فهومتاركة وإلا فلا . روى ذلك عن أبى يوسف . واختار الصفار قول زفر . حتى لو حاضت ثلاث حيض من آخر الوطآت قبل التفريق انقضت العدة ، وعندنا ما لم تحضها بعد التفريق أو المتاركة لم تنقض . ويجب أن يكون هذا كله فى القضاء ، أما فيما بينها وبين الله تعالى فإذا علمت أنها حاضت بعد آخر وطء ثلاثا ينبغى أن يحل لها التزوج فيما بينها وبين الله تعالى على قياس ما قدمناه من نقل العتابى . وفى الفتاوى : لاتجب عدة الوفاة من النكاح الفاسد (قوله وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد . وعليه الفتوى لأن النكاح الفاسد ليس بداع إلى الوطء والإقامة) أى إقامة العقد مقام الوطء (باعتباره) وهذا جواب عن قياسهما على الصحيح . وذكر فى الأصل : تزوجت الأمة بغير إذن مولاها ودخل بها وجاءت بولد لستة أشهر منذ تزوجها فادعاه المولى والزوج فهو ابن الزوج فاعتبره من وقت النكاح ولم يحك خلافا ، قال شيخ الإسلام : تأويل هذا أن الدخول كان عقيب النكاح بلا مهلة . قال فى الغاية : قد اعتبروا العدة من وقت التفريق فكان الأحوط فى النسب من وقت التفريق أيضا لامن وقت النكاح لأن العدة للنسب . قال شارح الكنز : هذا وهم لأنهم إنما اعتبروها من وقت النكاح ليثبت نسبه بمجرد العقد إقامة للتمكن من الوطء بالشبهة مقام الوطء ، حتى لو جاءت بولد لستة أشهر من وقت العقد ولأقل منها من وقت الوطء ثبت نسبه كما فى الصحيح ، ولا ينافى ذلك اعتبارها من وقت التفريق ألا يرى أنها لو جاءت بولد لأكثر من سنتين من وقت النكاح ولم يفارقها وهى معه ثبت نسبه ؛ ولو كان الاعتبار لوقت التفريق لاغير لما ثبت ، وكذا لو فارقها بعد عشر سنين لايمكن الاعتبار لوقت التفريق لاغير ؛ ولو خلا بها ثم جاءت بولد ثبت نسبه منه ، ويجب المهر والعدة فى رواية عن أبى يوسف . وعنه لايثبت ولا يجب المهر ولا العدة وهو قول زفر ، وإن لم يخل بها لايلزمه الولد اهـ . والحاصل أنه يعتبر من وقت التفريق إذا وقعت فرقة وما لم تقع فمن وقت النكاح أو الدخول على الخلاف (قوله لقول ابن مسعود : لها مهر مثل نسائها) قاله فى المفوضة ، وقدمنا تخريجه ، وقوله (وهن أقارب الأب) ليس من كلامه بل تفسير نسائها من المصنف بناء

وقوله (ويثبت نسب ولدها) ظاهر مما تقدم . قوله (وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد) وقال أبو حنيفة وأبو يوسف من وقت النكاح كما فى النكاح الصحيح لأن حكم الفاسد يؤخذ من الصحيح والفتوى على قول محمد (لأن النكاح الفاسد ليس بداع إليه والإقامة باعتباره) أى إقامة النكاح مقام الوطء باعتبار أن النكاح داع إلى الوطء والنكاح الفاسد ليس بداع إليه فلا يقام مقامه ، وفى تعليله هذا إشارة إلى فساد قياس أبى حنيفة وأبى يوسف . قال (ومهر مثلها يعتبر بأخواتها وعماتها) اعلم أن مهر المثل يعتبر بعشيرتها التى من قبل أبيها كالأخوات والعمات وبنات الأعمام ، وقال ابن أبى ليلى : يعتبر بأمها وقوم أمها كالخالات ونحوها لأن المهر قيمة بضع النساء فيعتبر بالقرابات من جهة النساء . ولنا قول ابن مسعود (لها مهر مثل نسائها وهن أقارب الأب)

(ولا يعتبر بأمها وخالتها إذا لم تكونا من قبيلتها) لما بينا . فإن كانت الأم من قوم أبيها بأن كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر بمهرها لما أنها من قوم أبيها (ويعتبر في مهر المثل أن تتساوى المرأتان في السن والجمال والمال والعقل والدين والبلد والعصر) لأن مهر المثل يختلف باختلاف هذه الأوصاف، وكذا يختلف باختلاف الدار والعصر قالوا : ويعتبر التساوى أيضا في البكارة لأنه يختلف بالبكارة والثيوبة (وإذا ضمن الولى المهر صح ضمانه) لأنه من أهل الالتزام وقد أضافه إلى مايقبله فيصح

على أن الظاهر من إضافة النساء إليها باعتبار قرابة الأب لأن الإنسان من جنس أبيه ولذا صحت خلافة ابن الأمة إذا كان أبو قرشيا ، وعلى هذا كان الأولى إسقاط الواو في قوله ولأن الإنسان من جنس قوم أبيه ليكون وجه كون الإضافة المذكورة تعين كونهن أقارب الأب ظاهرا ، وهذا لأن جعله وجها مستقلا يصح إلا أنه حينئذ لايكون الدليل الأول مستلزما للمطلوب لأن مجرد إضافة النساء إليها لايستلزم كون النساء المضافة أقارب الأب ، بل كما يصح أن يقال لعماتها وأخواتها نساؤها يصح أن يقال لخالاتها أيضا وأخواتها لأمها فإنما يرجح جهة إرادة الأب المقدمة المذكورة (قوله ويعتبر في مهر المثل أن تتساويا في الجمال) يعنى بمجرد تحقق القرابة المذكورة لايثبت صحة الاعتبار بالمهر حتى تتساويا سنا وجمالا ومالا وبلدا وعصرا وعقلا ودينا وبكارة وأدبا وكمال خلق وعدم ولد وفي العلم أيضا . فلوكانت من قوم أبيها لكن اختلف مكانهما أو زمانهما لايعتبر بمهرها لأن البلدين تختلف عادة أهلهما في المهر في غلائه ورخصه، فلو زوجت في غير البلد الذى زوج فيه أقاربها لايعتبر بمهورهن ، وقيل لايعتبر الجمال في بيت الحسب والشرف بل في أوساط الناس وهذا جيد . وقالوا : يعتبر حال الزوج أيضا أى بأن يكون زوج هذه كأزواج أمثالها من نسائها في المال والحسب وعدمهما ، فإن لم تكن واحدة من قوم الأب بهذه الصفات فأجنبية موصوفة بذلك . وفي الخلاصة : ينظر في قبيلة أخرى مثلها ، أى مثل قبيلة أبيها . وعن أبي حنيفة : لايعتبر بالأجنبيات ويجب حمله على ما إذا كان لها أقارب وإلا امتنع القضاء بمهر المثل . وفي المنتقى : يشترط أن يكون المخبر بمهر المثل رجلين أو رجلا وامرأتين ويشترط لفظة الشهادة ، فإن لم يوجد على ذلك شهود عدول فالقول قول الزوج مع يمينه . وفي شرح الطحاوى : مهر مثل الأمة على قدر الرغبة (قوله وإذا ضمن الولى المهر صح ضمانه) بقيد كون الضمان في الصحة أما في مرض الموت فلا لأنه تبرع لوارثه في مرض موته

لأنه أضاف إليها وإنما يضاف إلى أقارب الأب لأن النسب إليه، ولأن قيمة الشىء إنما تعرف بالرجوع إلى قيمة جنسه والإنسان من جنس قوم أبيه لامن جنس قوم أمه ؛ ألا ترى أن الأم قد تكون أمة والابنة تكون قرشية تبعا لأبيها (ولا يعتبر بأمها وخالتها إذا لم تكونا من قبيلتها) بأن يكون أبوها تزوج بنت عمه فإن أمها وخالتها تكون من قبيلتها . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله وقيمة الشىء إنما تعرف بالنظر في قيمة جنسه . وقوله (ويعتبر في مهر المثل) ظاهر . وقوله (باختلاف الدار) أى البلد . وحاصله أن مهر المثل قيمة البضع وقيمة الشىء إنما تعرف بالرجوع إلى نظيره بصفته ، والمراد بالسن السن وقت التزوج (وإذا ضمن الولى المهر صح ضمانه) يعنى إذا زوج الولى ابنته وضمن لها المهر عن الزوج صح (لأنه من أهل الالتزام ، وقد أضاف الضمان إلى ما يقبل الضمان) وهو المهر لأن المهر دين والكفالة و ...ان يصحان فيه . فإن قلت : يجوز أن يكون مراده أن الولى زوج ابنه الصغير وضمن عنه المهر للمرأة . قلت . ينبو عنه قوله ثم المرأة بالخيار وإن كانا في الصحة سواء ؛

(ثم المرأة بالخيار فى مطالبتها زوجها أو وليها) اعتبارا بسائر الكفالات ، ويرجع الولى إذا أدى على الزوج إن كان بأمره كما هو الرسم فى الكفالة ، وكذلك يصح هذا الضمان وإن كانت المزوجة صغيرة ، بخلاف ما إذا باع الأب مال الصغيرة وضمن الثمن لأن الولى سفير ومعبر فى النكاح ، وفى البيع عاقد ومباشر حتى ترجع العهدة عليه والحقوق إليه ، ويصح إبراؤه عند أبى حنيفة ومحمد ،

ويشمل ولى الصغير إذا زوجه وضمن عنه وولى الصغيرة إذا زوجها وضمن لها . وقوله (ثم المرأة بالخيار فى مطالبتها زوجها أو وليها) هو على التقدير الثانى . وقوله (ويرجع الولى إذا أدى على الزوج إن كان بإذنه) يفيد أن الزوج أجنبى أو فى حكمه كولده الكبير ، وهذا لأنه لا يرجع إذا أدى عن ابنه الصغير فيما إذا زوجه وضمن عنه للعرف بتحمل مهور الصغار ، اللهم إلا أن يشهد أنه دفع ليرجع فى أصل الضمان (قوله ثم المرأة بالخيار فى مطالبتها) يعنى إذا بلغت (زوجها) يعنى إذا كان بالغا ، وإن لم يكن بالغا فإنما لها مطالبة أبيه ضمن أو لم يضمن كما فى شرح الطحاوى والتتمة ، وذكرنا أنه إذا أدى لا يرجع مالم يشهد على اشتراط الرجوع فى أصل الضمان ، ولا يخفى أن هذا مقيد بما إذا لم يكن للصغير مال . هذا والمذكور فى المنظومة فى باب جواب مالك من أنه يضمن الأب مهر ابنه الصغير بلا ضمان ونحن نخالفه بخلاف إطلاق شرح الطحاوى ، وذكر فى المصفى جوابه فقال : قلنا النكاح لا ينفك عن لزوم المال إنما ينفك عن إيفاء المهر فى الحال ، فلم يكن من ضرورة الإقدام على تزويجه ضمان المهر عنه ، فهذا هو المعول عليه ، وإن ضمن الوصى يرجع مطلقا ، فلو لم يؤد الأب فى صورة الضمان حتى مات فهى بالخيار بين أخذها من تركته وبين مطالبة زوجها ، فإن اختارت التركة فأخذت أجزنا لباقى الورثة الرجوع فى نصيب الصغير . وقال زفر : ليس لهم الرجوع لأن هذه الكفالة لم تنعقد موجبة للضمان على الصغير لوقوعها بلا أمر من المكفول عنه ، إذ لا يعتبر إذنه ولو أذن . وعن أبى يوسف كقوله فيما ذكره الولوالجى . قلنا : بل صدرت بأمر معتبر من المكفول عنه لثبوت ولاية الأب عليه ، فإذن الأب إذن منه معتبر ، وإقدامه على الكفالة دلالة على ذلك من جهته ، بخلاف ما إذا أدى عنه فى حياته لأن تبرع الآباء بالمهور معتاد ، وقد انقضت الحياة قبل ثبوت هذا التبرع فيرجعون ، وكذا يرجعون إذا أدى فى مرض موته ، والمجنون كالصبى فى جميع ذلك ، لأنه مولى عليه سواء كان الجنون أصليا أو طارئا ، وإنما صح ضمان وليها إذا كان أبا أو جدا مع أنه المستحق لقبض صداقها والمطالبة به لأن الولى فى النكاح وإن باشر سفير كالوكيل به ، بخلاف مالو باع مال الصغير لا يصح ضمانه الثمن لأنه مباشر فترجع الحقوق إليه حتى يطالب بالثمن ويخاصم فى الرد بالعيب ويتسلم المبيع ويصح تأجيله وإبراؤه من الثمن عند أبى حنيفة ومحمد ويضمن مثله فى ماله ، فلو صح ضمانه كان ضامنا لنفسه مقتضيا مقتضى . فإن قيل : لا نسلم عدم رجوعها إليه فى النكاح ألا يرى أن له المطالبة بمهرها . أجاب

وذكر فى باب الولية من شرح الطحاوى أن الأب إذا زوج الصغير امرأة فللمرأة أن تطالب بالمهر من أب الزوج فيؤدى الأب من مال ابنه الصغير وإن لم يضمن الأب باللفظ صريحا ، بخلاف الوكيل إذا زوج فإنه ليس للمرأة أن تطالب الوكيل بالمهر مالم يضمن . وقوله (ثم المرأة بالخيار) ظاهر . وقوله (ويصح إبراؤه) أى إبراء الأب المشترى وكذلك الوصى

(قوله ذكر فى باب الولية من شرح الطحاوى أن الأب إذا زوج الصغير امرأة الخ) أقول : قال صاحب المنظومة فى باب فتاوى مالك رحمه الله :
ومنكح الابن الصغير يغرم صداقه حين الصبى معدم
وفى شرحه : زوج ابنا له صغيرا امرأة بمهر معلوم والابن فقير فالمهر على الأب عنده ، وعندنا لا إلا أن يضمن الأب اهـ . وفى شرح الكاكى : الصغير إذا زوجه أبوه فللمرأة أن تطالب الأب بالمهر وإن لم يضمنه

ويملك قبضه بعد بلوغه ، فلو صح الضمان يصير ضامنا لنفسه وولاية قبض المهر للأب بحكم الأبوّة لا باعتبار أنه عاقد ؛ ألا ترى أنه لا يملك القبض بعد بلوغها فلا يصير ضامنا لنفسه . قال (وللمرأة أن تمنع نفسها حتى تأخذ المهر وتمنعه أن يخرجها) أى يسافر بها ليتعين حقها فى البدل كما تعين حق الزوج فى المبدل فصار كالبيع ، وليس للزوج أن يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة أهلها حتى يوفيها المهر كله : أى المعجل منه

المصنف بقوله (وولاية قبض المهر للأب بحكم الأبوّة لا باعتبار أنه عاقد) لأنه معتاد ولذا لا يملك قبضه بعد بلوغها إذا نهته صريحا ؛ أما إذا لم تنهه فله المطالبة بخلاف البيع فإن له القبض بعد بلوغه دون الصبى . ثم لا يشترط إحضار الزوجة لقبض الأب مهرها عندنا ، خلافا لزفر وأبى يوسف فى قوله الأخير . وفى المرغينانى لا يشترط ولم يذكر خلافا . وقدمنا فى قبض مهر البكر البالغة فروعا استوفيناها فى باب الأولياء والأكفاء فارجع إليها ، ومما لم نذكره هناك لو قبض الأب المهر ثم ادعى الرد على الزوج ، إن كانت بكرا لم يصدق إلا ببينة لأن له حق القبض وليس له حق الرد ، وإن كانت ثيبا صدق لأن حق القبض ليس له ، فإذا قبض بأمر الزوج كانت أمانة عنده من الزوج فتقبل دعواه الرد كالمودع إذا قال رددت الوديعة (قوله وللمرأة أن تمنع نفسها من الدخول بها ومن أن يسافر بها حتى يوفيها معجل مهرها ليتعين حقها فى البدل كما تعين حقه فى المبدل) يعنى ولا يتعين حقها إلا بالتسليم . وهذا التعليل لا يصح إلا فى الصداق الدين ، أما العين كما لو تزوجها على عبد بعينه فلا لأنها بالعقد ملكته وتعين حقها فيه حتى ملكت عتقه . وقوله (أى المعجل منه) يتناول المعجل عرفا وشرطا ، فإن كان قد شرط تعجيل كله فلها الامتناع حتى تستوفيه كله أو بعضه فبعضه ، وإن لم يشترط تعجيل شىء بل سكتوا عن تعجيله وتأجيله ، فإن كان عرف فى تعجيل بعضه وتأخير باقيه إلى الموت أو الميسرة أو الطلاق فليس لها أن تحتبس إلا إلى تسليم ذلك القدر . قال فى فتاوى قاضيخان : فإن لم يبينوا قدر المعجل ينظر إلى المرأة وإلى المهر أنه كم يكون المعجل لمثل هذه المرأة من مثل هذا المهر فيعجل ذلك ولا يتقدر بالربع والخمس بل يعتبر المتعارف فإن الثابت عرفا كالثابت شرطا ، بخلاف ما إذا شرط تعجيل الكل إذ لا عبرة بالعرف إذا جاء الصريح بخلافه ، ومثل هذا فى غير نسخة من كتب الفقه ، فما وقع فى غاية البيان من إطلاق قوله فإن كان يعنى المهر بشرط التعجيل أو مسكوتا عنه يجب حالا ، ولها أن تمنع نفسها حتى يعطيها المهر ليس بواقع ، بل المعتبر فى المسكوت العرف . هذا وللأب أن يسافر بالبكر قبل إيفائه . فى الفتاوى : رجل زوّج بنته البكر البالغة ثم أراد أن يتحوّل إلى بلد آخر بعياله فله

(ويملك قبضه) أى يملك الأب قبض الثمن بعد بلوغ الصغير . وقوله (وولاية قبض المهر للإب بحكم الأبوّة) جواب عما يقال إن الأب يملك قبض الصداق أيضا كالوكيل يملك قبض الثمن ، فلو صح الضمان صار ضامنا لنفسه ، وذلك لا يجوز هناك فكذلك فى الأب . وقوله (وللمرأة أن تمنع نفسها) أى إذا تزوّج امرأة على مهر فإما أن يكون المهر كله معجلا أو مؤجلا ، أو بعضه معجلا وبعضه مؤجلا ؛ فإن كان الكل معجلا فإما أن دخل بها أو لم يدخل ، فإن لم يدخل بها فللمرأة أن تمنع نفسها (حتى تأخذ المهر ولها أن تمنعه عن إخراجها) إلى السفر (ليتعين حقها فى البدل) وهو المهر (كما تعين حقه فى المبدل) وهو البضع (فصار كالبيع) فى أن البائع له أن يحبس المبيع حتى يأخذ الثمن تسوية بين البدلين فى التعيين (وليس للزوج أن يمنعها من السفر والخروج من

بالقفظ ، ذكره فى شرح الطحاوى والتتمة اهـ . وظن بعضهم المخالفة بين ما فى المنظومة وما نقله الكاكى من إطلاق شرح الطحاوى ، والظاهر

لأن حق الحبس لاستيفاء المستحق ، وليس له حق الاستيفاء قبل الإيفاء ، ولو كان المهر كله مؤجلا ليس لها أن تمنع نفسها لإسقاطها حقها بالتأجيل كما فى البيع .

أن يحملها معه وإن كره الزوج ، فإن أعطاها المهر كان له أن يحبسها (قوله وليس له حق الاستيفاء) كل من الزوج والمرأة له حق الاستيفاء وعليه إيفاء ، فكما أن له استيفاء منافع البضع وعليه إيفاء المهر كذلك لها استيفاء المهر وعليها إيفاء منافع بضعها ، وحينئذ فقد يقلب هذا الدليل فيقال : ليس لها حق استيفاء المهر قبل إيفاء منافع البضع . والجواب أن هذا وقع فى تعليل حبسه إياها لأن ثبوته له للاستيفاء فعلى هذا كل منهما لو طولب بإيفاء ماعليه كان له الامتناع إلى استيفاء ماله ويستلزم تمانع الحقوق وفوات المقصود ، مثلا لو طالبها بإيفاء الدخول فقالت حتى أستوفى المهر فكان له أن يقول لاأوفيه حتى أستوفى منافع البضع وهى تقول مثله لزم ماذكرنا . والصواب أن هذا التعليل بعد الإلحاق بالبيع وأن البضع كالمبيع والمهر كالثمن لكنك علمت أن فى بيع المقايضة لكل منهما الامتناع فيقال لهما سلما معا ، ومثله لايتأتى فى النكاح إذا كان المهر عبدا معينا مثلا ولا فى معية الخلوة لإطلاق الجواب بأن لها الامتناع إلى أن تقبض . هذا ولو كانت الزوجة صغيرة فللولى منعها عن الزوج إلى أن يعطى المهر ، ولو زوّجها غير الأب والجد كالعم وهى صغيرة ليس له أن يسلمها إلى الزوج قبل قبض الصداق ويقبضه من له ولاية القبض ، فإن سلمها فالتسليم فاسد وتردّ إلى بيتها لأنه ليس للعم ولاية إبطال حقها ، كذا فى التجنيس فى رمز واقعات الناطفى . ولو ذهبت الصغيرة إلى بيته بنفسها كان لمن كان أحق بإمساكها قبل التزوّج أن يمنعها حتّى يعطيه ويقبضه من له ولاية القبض لأن هذا الحق ثابت للصغيرة وليست هى من أهل الرضا .

[فرع] إذا كان يسكن فى بيت الغصب لها أن تمتنع من الذهاب إليه فيه ولا تسقط به نفقتها (قوله ولو كان المهر كله مؤجلا) مدة معلومة أو قليلة الجهالة كالحصاد ونحوه ، بخلاف ذلك فى البيع ، وبخلاف المتفاحشة كإلى ميسرة وهبوب الريح حيث يكون المهر حالا (ليس لها أن تمنع نفسها) قبل الحلول ولا بعده لأن هذا العقد ما أوجب لها حق الحبس فلا يثبت بعده ، وكذا لو أجلته بعد العقد مدة معلومة (لإسقاطها حقها بالتأجيل)

منزله وزيارة أهلها حتى يوفيها المهر كله لأن حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس له حق الاستيفاء قبل الإيفاء) وإن دخل بها فتذكره وإن كان الكل مؤجلا ، فإما أن دخل بها أو لم يدخل ، فإن لم يدخل بها فليس لها أن تمنع نفسها لأنها أسقطت حقها بالتأجيل ، وفيه خلاف أبى يوسف قال : موجب النكاح عند الإطلاق تسليم المهر أولا عينا كان أو دينا ، فحين قبل الزوج الأجل مع علمه بموجب العقد فقد رضى بتأخير حقه إلى أن يوفى المهر بعد حلول الأجل ، وبه فارق البيع لأن تسليم الثمن أولا ليس من موجبات البيع لامحالة ؛ ألا ترى أن البيع لو كان مقايضة لم يجب تسليم أحد البدلين أولا فلم يكن المشترى راضيا بتأخير حقه فى المبيع إلى أن يوفى الثمن . وقوله (لإسقاطها حقها بالتأجيل) فإطلاقه يشير إلى أنه ليس لها المنع لا قبل حلول الأجل ولا بعده ، وهو ظاهر الرواية ، أما قبل الحلول فظاهر ، وأما بعده فلأن هذا العقد ما أوجب حق الحبس فلا يثبت بعده ، وفى هذا

أن ماأجمله وأطلقه الكاكى هو ما فصله الشارح أكمل الدين فى النقل فلا يتوجه حديث المخالفة حينئذ (قوله قال موجب النكاح عند الإطلاق الخ) أقول : يعنى عن التعجيل والتأجيل (قوله تسليم المهر أولا عينا كان أو دينا) أقول : ممنوع ، فإن صاحب الغاية نقل عن المحيط ، أنه إن كان المهر عينا يتقابضان كما فى بيع المقايضة . ثم أقول : إن كان المراد بالدين فى قوله أو دينا هو الدراهم والدنانير كما هو الظاهر ، فلا يقاس حال

وفيه خلاف أبي يوسف ، وإن دخل بها فكذلك الجواب عند أبي حنيفة وقالا : ليس لها أن تمنع نفسها . والخلاف فيما إذا كان الدخول برضاها حتّى لو كانت مكرهة أو كانت صبية أو مجنونة لايسقط حقها فى الحبس بالاتفاق ، وعلى هذا الخلاف الخلوة بها برضاها . ويبتنى على هذا استحقاق النفقة.لهما أن المعقود عليه كله قد صار مسلما إليه بالوطأة الواحدة وبالخلوة ، ولهذا يتأكد بها جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس ، كالبائع إذا سلم المبيع . وله أنها منعت منه ما قابل البدل لأن كل وطأة تصرف فى البضع المحترم فلا يخلى عن العوض إبانة لخطره والتأكيد بالواحدة لجهالة ما وراءها فلا يصلح مزاحما للمعلوم . ثم إذا وجد آخر وصار معلوما تحققت المزاحمة وصار المهر مقابلا بالكل ، كالعبد إذا جنى جناية يدفع كله بها ، ثم إذا جنى جناية أخرى وأخرى يدفع بجميعها ، وإذا أوفاها مهرها

كما فى البيع إذا أجل الثمن ليس له منع المبيع إلى غاية القبض (وفيه خلاف أبى يوسف) فيما رواه المعلى عنه لأن موجب النكاح تسليم المهر أولا ، فلما رضى بتأجيله كان راضيا بتأخير حقه لعلمه بموجب العقد ، بخلاف البيع فإن تسليم الثمن أولا ليس من موجباته كما فى المقايضة . واختار الولوالجى الفتوى به ، وهذا إذا لم يشترط الدخول فى العقد قبل الحلول ، فإن شرطه فليس لها الامتناع بالاتفاق(قوله وإن دخل بها)قبل الإيفاء راضية وهى ممن يعتبر رضاها (فكذلك عند أبى حنيفة رحمه الله) أى لها حبس نفسها حتى تستوفى المهر خلافا لهما . وأجمعوا أنه لو دخل بها كارهة أو صغيرة أو مجنونة فبلغت وصحت وزال الإكراه يكون لها حبس نفسها بعده (وعلى هذا الخلاف الخلوة بها برضاها) لاتسقط حقها فى حبس نفسها عنده خلافا لهما (قوله وإذا أوفاها مهرها) أو كان

الوجه إذا لم يكن لها حق المنع قبل الدخول عند أبى حنيفة ومحمد فلأن لايكون لها ذلك بعده أولى . قوله (وإن دخل بها) يعنى فى الوجه الأول (فكذلك الجواب عند أبى حنيفة) يعنى للمرأة أن تمنع نفسها حتى تأخذ المهر. وقالا : ليس لها ذلك إذا كان الدخول برضاها ، أما إذا كانت مكرهة أو صبية أو مجنونة فلا يسقط حقها فى الحبس بالاتفاق (وعلى هذا الخلاف الخلوة بها) إن كانت (برضاها) فعلى الاختلاف وإن كانت بغير رضاها لم يسقط حقها بالاتفاق (ويبتنى على هذا استحقاق النفقة) تستحقها مدة المنع عنده لأنه منع بحق ولا تستحقها عندهما لأنها ناشزة (لهما أن المعقود عليه كله قد صار مسلما إليه بالوطأة الواحدة وبالخلوة ولهذا يتأكد بها جميع المهر) وتسليمه ينفى حق الحبس كالبائع إذا سلم المبيع . وقوله(وله أنها منعت منه) جاز أن يكون مناقضة ، وتقريره : إنا لا نسلم أن المعقود عليه كله قد صار مسلما إليه بالوطأة الواحدة فإنها منعت منه (ما قابل البدل لأن كل وطأة تصرف فى البضع المحترم) وإذا كان كذلك لايتحقق تسليم كله ، وجاز أن يكون معارضة وتقريره أنها منعت منه ما قابل البدل لأن كل وطأة تصرف فى البضع المحترم ، والتصرف فيه لايخلى عن البدل إبانة لخطره والمنع عما يقابل البدل صحيح . وقوله (والتأكيد بالواحدة) أى بالوطأة الواحدة جواب عن قولهما ولهذا يتأكد بها جميع المهر وهو واضح ، وإن كان بعضه معجلا وبعضه مؤجلا كان لها أن تخرج قبل أداء المعجل ، فإذا أدى لم يكن لها ذلك إلا بإذنه . فإن قلت : فإن سموا المهر ساكتين عن التعجيل والتأجيل ماذا يكون حكمه ؟ قلت: يجب حالا ، وقد أشير إلى ذلك فى دليل أبى يوسف آنفا فيكون حكمه حكم ماشرط تعجيله (وإذا أوفاها مهرها

شرط التأجيل على حال الإطلاق (قوله فإن قلت : فإن سموا المهر ساكتين عن التعجيل و التأجيل ماذا يكون حكمه ؟ قلت : يجب حالا الخ)

نقلها إلى حيث شاء لقوله تعالى ـ أسكنوهن من حيث سكنتم ـ من وجدكم ، وقيل لايخرجها إلى بلد غير بلدها لأن الغريب يؤذى وفى قرى المصر القريبه لاتتحقق الغربة. قال(ومن تزوج امرأة ثم اختلفا فى المهر فالقول قول المرأة إلى مهر مثلها ، والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل ، وإن طلقها قبل الدخول بها فالقول قوله فى نصف المهر ، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : القول قوله قبل الطلاق وبعده إلا أن يأتى بشىء قليل ، ومعناه مالا يتعارف مهرا لها

مؤجلا (نقلها إلى حيث شاء) من بلاد الله، وكذا إذا وطئها برضاها عندهما (وقيل لايخرجها إلى بلد غير بلدها لأن الغريب يؤذى) واختاره الفقيه أبو الليث ، قال ظهير الدين المرغينانى : الأخذ بكتاب الله أولى من الأخذ بقول الفقيه : يعنى قوله تعالى ـ أسكنوهن من حيث سكنتم ـ وأفتى كثير من المشايخ بقول الفقيه لأن النص مقيد بعدم المضارة بقوله تعالى ـ ولا تضاروهن ـ بعد ـ أسكنوهن ـ والنقل إلى غير بلدها مضارة فيكون قوله تعالى ـ أسكنوهن من حيث سكنتم ـ مما لامضارة فيه وهو مايكون من جوانب مصرها وأطرافه ، والقرى القريبة التى لاتبلغ مدة سفر فيجوز نقلها من المصر إلى القرية ومن القرية إلى المصر . وقال بعض المشايخ: إذا أوفاها المعجل والمؤجل وكان رجلا مأمونا فله نقلها (قوله ومن تزوج امرأة ثم اختلفا) الاختلاف فى المهر إما فى أصله أو فى قدره وكل منهما إما فى حال الحياة أو بعد موتهما أو موت أحدهما ، وكل منهما إما بعد الدخول أو قبله ، فإن اختلفا فى حال الحياة فى قدره بعد الدخول قبل الطلاق أو بعده حكم مهر المثل ، فمن كان من جهته كان القول له مع يمينه ، وإن لم يكن من جهة أحد بأن كان بين الدعويين تحالف ويعطى مهر المثل ، هذا قول أبى حنيفة ومحمد على تخريج الرازى ، وعلى تخريج الكرخى يتحالفان فى الفصول كلها ويحكم مهر المثل . وقال أبو يوسف : القول للزوج مع يمينه فى الكل إلا أن يأتى بشىء قليل ، وفسره المصنف وجماعة بأن يذكر مالا يتعارف مهرا لها .

نقلها إلى حيث لقوله تعالى ـ أسكنوهن من حيث سكنتم ـ وقيل لايخرجها إلى بلد غير بلدها) وهو قول الفقيه أبى الليث(لأن الغريب يؤذى)قال ظهير الدين المرغينانى : الأخذ بقول الله تعالى أولى من الأخذ بقول الفقيه أبى الليث . ورد بأن الفقيه هو الذى أخذ بقول الله تعالى لأن قوله ـ من حيث سكنتم ـ دليل مخصوص بدليل مستقل مقارن وهو قوله ـ ولا تضاروهن ـ (وفى قرى المصر القريبة لاتتحقق الغربة) سئل أبو القاسم الصفار عمن يخرجها من المدينة إلى القرية ومن القرية إلى المدينة فقال : ذلك تبوئة وليس بسفر ، وإخراجها من بلد إلى بلد سفر وليس بتبوئة . قال (ومن تزوج امرأة ثم اختلفا فى المهر) هذه المسئلة على وجوه ، لأن الاختلاف إما أن يكون فى حياتهما أو تختلف الورثة بعد مماتهما أو يكون بعد موت أحدهما، فإن كان فى حياتهما فإما أن يكون قبل الطلاق أو بعده ، وكل ذلك على وجهين : إما أن يكون الاختلاف فى أصل التسمية أو فى مقدار المسمى ، أما إذا كان الاختلاف فى حال قيام النكاح أو بعد الفرقة بعد الدخول أو بعد موت أحدهما فالقول قول المرأة إلى تمام مهر مثلها أو ورثتها ، والقول قول الزوج أو ورثته فى الزيادة فى قول أبى حنيفة ومحمد ، وكلامه فى تحرير المذاهب ظاهر . وقوله

أقول : وفى الغاية فى الواقعات : تزوجها على مهر فأرادت منع نفسها حتى تأخذ المهر كله ليس لها فى عرفنا لأن البعض معجل والبعض مؤجل فى عرفنا والمعروف كالمشروط ، وينظر كم يكون المعجل لمثل هذه المرأة من مثل هذا المهر ، وكم يكون المؤجل منه فيقضى بالعرف إلا أن يشترط تعجيل الكل فى العقد ، وهكذا فى فتاوى قاضيخان وغيره . وفى الإسبيجابى : إن كان المهر معجلا أو مسكوتا عنه فإنه يجب حالا ، لأن النكاح عقد معاوضة وقد تعين حقه فى الزوجة فوجب أن يتعين حقها وذلك بالتسليم اه . ثم أقول : فظهر أن جواب الشارح

هو الصحيح . لأبي يوسف أن المرأة تدعى الزيادة والزوج ينكر والقول قول المنكر مع يمينه إلا أن يأتى بشيء يكذبه الظاهر فيه ، وهذا لأن تقوّم منافع البضع ضرورى ، فتى أمكن إيجاب شيء من المسمى لايصار إليه . ولهما أن القول فى الدعاوى قول من يشهد له الظاهر ، والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل لأنه هو الموجب الأصلى فى باب النكاح ، وصار كالصباغ مع ربّ الثوب إذا اختلفا فى مقدار الأجر يحكم فيه القيمة الصبغ .

وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول من قال أن يذكر مالايصلح مهرا شرعا : أعنى أن يذكر مادون العشرة لأنه ذكر هذا اللفظ فى البيع فيما إذا اختلفا فى الثمن بعد الهلاك فالقول للمشترى إلا أن يأتى بشيء مستنكر وليس فى الثمن تقدير شرعى . وقد يقال : ذلك لتعين كون الاستنكار بذلك الطريق لعدم تصوّر المستنكر بطريق آخر ، أما هنا فكما يتصوّر المستنكر عرفا يتصور شرعا . ويجاب بأن المستنكر شرعا داخل فى المستنكر عرفا ، فإن مايستنكر شرعا يستنكر عرفا ولا عكس ، فحيث اعتبرناه عرفا فقد اعتبرناه شرعا وزيادة ، فصار الحاصل من قولنا إن مايستنكر مطلقا لايكون القول قوله فيه سواء كان عرفا أو شرعا ، ولأنه لو كان شرعا لم يتحقق لأنه إذا ادعى خمسة كملت عشرة ولغا كلامه لأن العشرة فى كونه مهرا شرعا لايتجزأ وتسمية بعض ما لايتجزأ شرعا كتسمية كله فلا يتصور حينئذ أن يأتى بالمستنكر ، وليس هذا بشيء لأن عدم تصحيح الخمسة مثلا وجعل القول قوله وتكميلها عشرة هو لإتيانه بما يستنكر فقد تصور . ورجح الوبرى تفسير هؤلاء البعض بأنه ذكر فى الرجوع عن الشهادة لو ادعى أنه تزوّجها على مائة وهى تدعى ألفا ومهر مثلها ألف وأقام البينة ثم رجع الشهود لايضمنون عند أبى يوسف ، لأنه لولا الشهادة لكان القول قوله ، ولم تجعل المائة مستنكرا فى حقها : يعنى مع أن تسمية العشرة مستنكرة فيمن قيمتها عشرة أمثالها . وإن اختلفا بعد الطلاق قبل الدخول حكم متعة مثلها على التفصيل المذكور فى تحكيم مهر المثل على رواية الجامع الكبير ، ووجب نصف مايدعيه الرجل بعد يمينه عليه على مافى الأصل والجامع الصغير . وقال أبويوسف : القول للزوج إلا أن يأتى على مامر ، ولا خلاف بينهم فى أن القول قول من يشهد له الظاهر على ماعرف فى غير موضع ، وكما يفيده قول المصنف فى التعبير عن أبىيوسف إلا أن يأتى بشيء يكذبه الظاهر فنفى كون القول لانتفاء الظاهر معه ، وإنما اختلفوا الاشتباه الظاهر ههنا أنه مع من ؛ فقالا مع من يشهد له مهر المثل لأن الغالب فى المسمى فى الأنكحة أن لايكون أقل منه . وهذا أوجه من قول المصنف لأنه الموجب الأصلى لأن كونه يفيد الظهور لمن هو من جهته ليس بذلك الاعتبار بل بما ذكرنا . وقال أبو يوسف مع من يشهد له الأصل ببراءة الذمة وإنما اعتبر الشاهد هنا بمهر المثل لأنه القيمة الضرورية للبضع إذ كان ليس مالا ، وإنما يتقوّم إظهارا لشرفه فيتقدر بقدر الضرورة وهى فيما إذا لم يتيقن بثبوت مسمى ، وهنا

(هو الصحيح) احتراز عن قول بعض مشايخنا فى تفسير قول أبى يوسف : إن المراد به مايكون دون العشرة فإنه مستنكر شرعا لأنه لا مهر أقل من عشرة دراهم ، والأصح أن مراده أن يدعى شيئا قليلا يعلم أنه لايتزوّج مثل تلك المرأة على ذلك المهر عادة فإنه ذكر هذا اللفظ فى البيع أيضا إذا اختلفا فى الثمن بعد هلاك السلعة ، فالقول قول المشترى إلا أن يأتى بشيء مستنكر وليس فى الثمن تقدير شرعا . وقوله (لايصار إليه) أى إلى مهر المثل .

موافق لما ذكره الإسبيجابى ومخالف لسائر الكتب (قال المصنف : ولهما ، إلى قوله : لمن يشهد له مهر المثل لأنه هو الموجب الأصلى فى باب النكاح) أقول : هذا مخالف لما سبق قبل ورقة فراجعه ، ويجيء فى أول فصل : والصلح جائز عن دعوى الأموال أن مهر المثل هو الموجب الأصلى

ثم ذكر ههنا أن بعد الطلاق قبل الدخول القول قوله فى نصف المهر ، وهذا رواية الجامع الصغير والأصل : وذكر فى الجامع الكبير أنه يحكم متعة مثلها وهو قياس قولهما لأن المتعة موجبة بعد الطلاق كمهر المثل قبله فتحكم كهو . ووجه التوفيق أنه وضع المسئلة فى الأصل فى الألف والألفين ، والمتعة لاتبلغ هذا المبلغ فى العادة فلا يفيد تحكيمها ، ووضعها فى الجامع الكبير فى العشرة والمائة ومتعة مثلها عشرون فيفيد تحكيمها . والمذكور فى الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ماهو المذكور فى الأصل . وشرح قولهما فيما إذا اختلفا فى حال قيام النكاح أن الزوج إذا ادعى الألف والمرأة الألفين . فإن كان من مهر مثلها ألفا أو أقل فالقول قوله ، وإن كان ألفين أو أكثر فالقول قولها.

تيقناه وهو ما أقر به الزوج فيكون القول له ، ويحلف على نفى دعواها ، وصار كالاختلاف فى قدر المسمى فى الإجارة كالقصار ورب الثوب لايصار إلى تحكيم أجرة المثل لأن تقوّم المنافع ضرورى فلم يصر إليه حيث أمكن المصير إلى المسمى فكان القول لمن يدعى الأقل فكذا هذا ، وهما يقولان تقومه شرعا إظهارا للخطر يوجب الرجوع إليه عند التردد فى المسمى لاينفيه ، بل هو أحق من التقوّم الذى يثبت بسبب المالية لأن ذلك يقبل الإبطال بخلاف هذا ، وأما القصار ورب الثوب إذا اختلفا فى الأجرة فليس لعمله موجب فى الأجر بدون التسمية ليصار إلى اعتباره وللنكاح موجب فهو أشبه باختلاف الصباغ ورب الثوب فى المقدار مما ذكر وفيه تحكم قيمة الصبغ . وأما قوله تيقنا التسمية وهى ما أقر به الزوج فليس بذاك بل المتيقن أحدهما غيرعين وهو لاينفى الرجوع ، إذ لافرق بين ذلك وعدم التسمية حيث تعذر القضاء بأحدهما عينا (قوله ثم ذكر هنا) أى فى الجامع الصغير أن القول للزوج فى نصف المهر إذا طلقها قبل الدخول وكذا فى الأصل . وفى الجامع الكبير تحكم المتعة وقد قدمناه . ووجه التوفيق ظاهر من الهداية . وحاصله يرجع إلى وجوب تحكيم المتعة إلا فى موضع يكون ما اعترف به أكثر منها فيؤخذ باعترافه ويعطى نصف مهر المثل . ووجه ما ذكر أن المتعة موجبه بعد الطلاق قبل الدخول فتحكم كمهر المثل ، وقد يمنع بأن المتعة موجبة فيما إذا لم يكن فيه تسمية وهنا اتفقا على التسمية فقلنا ببقاء ما اتفقا عليه وهو نصف ما أقر به الزوج ، ويحلف على نفى دعواها الزائد ، وعلى هذا فلا يتم ذلك التوفيق بل يتحقق الخلاف . ولهذا قيل : فى المسئلة روايتان . لكن ماذكر فى جواب قول أبى يوسف آنفا يدفعه (قوله وشرح قولهما) إذا ادعى ألفا وهى ألفين ومهر مثلها ألف أو أقل فالقول له مع يمينه بالله ماتزوّجها على ألفين ، فإن حلف لزمه ما أقر به

وقوله (وهو قياس قولهما) أى قول أبى حنيفة ومحمد وإنما خصهما بالذكر لأن عند أبى يوسف القول قول الزوج فى جميع الصور . وقوله (لأن المتعة موجبة بعد الطلاق) أى موجب العقد إذا كان الطلاق قبل الدخول (كمهر المثل قبله) أى قبل الطلاق (فتحكم) المتعة بعد الطلاق كمهر المثل قبله . وقوله (ووجه التوفيق) أى بين رواية الجامع الكبير وبين روايتى المبسوط والجامع الصغير وهو واضح . وقوله (فالقول قوله) يعنى مع اليمين لأن الأصل فى الدعاوى أن يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه ، وإن نكل يقضى عليه بألفى درهم كما لو أقر لأن النكول إقرار (وإن كان ألفين أو أكثر فالقول قولها) أى مع يمينها لأن الزوج يدعى عليها الحط وهى تنكر ، فإن نكلت يقضى بألف درهم لأنها أقرت بالحط . وإن حلفت يقضى لها بألفى درهم ألف بطريق التسمية لاتفاقهما على تسمية الألف وألف باعتبار مهر المثل ، وفائدة هذا أنه يخير الزوج فى هذا الألف إن شاء

(قوله لأن النكول إقرار) أقول : عند أبى يوسف ومحمد فلا يناسب قول أبى حنيفة ، والأظهر أن يقال إقرار أو بذل .

وأيهما أقام البينة فى الوجهين تقبل . وإن أقاما البينة فى الوجه الأول تقبل بينتها لأنها تثبت الزيادة . وفى الوجه الثانى بينته لأنها تثبت الحط ، وإن كان مهر مثلها ألفا وخمسمائة تحالفا ، وإذا حلفا يجب ألف وخمسمائة .

تسمية : أى لايتخير فيها بين أن يعطيها دراهم أو قيمتها ذهبا ، وإن نكل لزمه ألفان مسمى لأن النكول إقرار أو بذل على الخلاف وكلاهما يقتضيه تسمية ، وإن كان مهر مثلها ألفين أو أكثر فالقول لها مع يمينها بالله ماتزوّجته على ألف . وإن نكلت فلها ما أقر به تسمية لإقرارها به ، وإن حلفت فلها ما ادعت قدر ما أقر به تسمية لاتفاقهما عليه ، والزائد بحكم مهر المثل يتخير فيه الزوج بين الدراهم والذهب لأن يمينها لدفع الحط الذى يدعيه هو ، ثم وجوب الزائد بحكم أنه مهر المثل وأيهما أقام البينة قبلت فى الوجهين فيما يدعيه هو تسمية ، فإن أقاماها فبينتها أولى فى الوجه الأول لإثباتها الزيادة ، وبينته فى الثانى لإثباتها الحط . ونص محمد فى هذا أن بينتها أولى لإثباتها الزيادة كالفصل الأول ، كذا فى جامع قاضيخان . وجه الأول أن الزيادة ثابتة بحكم مهر المثل ، وإنما أثبتت بينتها تعينها دراهم وذلك وصف فى الثابت وبينته مثبتة ، بخلاف الظاهر وهو الحط فهى المثبتة للزيادة بطريق الأصالة فكانت أكثر إثباتا من المثبتة للوصف ، وإن كان مهر مثلها بين الدعويين ألفا وخمسمائة ، فإن لم يكن لهما بينة تحالفا وأيهما نكلا لزمه دعوى الآخر . وما وقع فى النهاية من أن الزوج إذا نكل يلزمه ألف وخمسمائة كأنه غلط من الناسخ . وإن حلفا يجب مهر المثل قدر ما أقربه تسمية والزائد يخير فيه . فإن أقام أحدهما البينة يثبت ما يدعيه مسمى ، وإن أقاماها تهاترتا فى الصحيح لاستوائهما فى الإثبات والدعوى ، ثم يجب مهر المثل ويخير فيه كله لأن بينة كل منهما تنفى تسمية الآخر فخلا العقد عن التسمية فيجب مهر المثل ، بخلاف التحالف لأن وجوب قدر مايقرّ به الزوج بحكم الاتفاق . وذكر قاضيخان أنه كفصل التحالف ، هذا كله تخريج الرازى وقد ذكرنا أن على تخريج الكرخى يتحالفان فى الفصول كلها ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك ، والأحسن أن يقال : يتحالفان ثم يعطى مهر المثل . واختاره صاحب المبسوط وغيره من المتأخرين لأن ظهور مهر المثل عند عدم التسمية ، وبالتحالف ينتفى يمين كل دعوى صاحبه فيبقى العقد بلا تسمية فيجب حينئذ مهر المثل . وقال قاضيخان : ما قاله الرازى أولى لأنا لانحتاج إلى مهر المثل للإيجاب ، بل ليتبين من يشهد الظاهر فيكون القول مع يمينه

أعطى الدراهم ،وإن شاء أعطى الدنانير (وأيهما أقام البينة فى الوجهين) أى فيما إذا شهد مهر المثل للزوج وفيما إذا شهد مهر المثل للمرأة (تقبل ، وإن أقاما البينة فى الوجه الأوّل) وهو ما إذا كان مهر المثل شاهدا للزوج (تقبل بينتها لأنها تثبت الزيادة وفى الوجه الثانى) وهو ما إذا كان مهر المثل شاهدا للمرأة تقبل (بينته لأنها تثبت الحط) والأصل فى هذا أن البينة تثبت ماليس بثابت ظاهرا (وإن كان مهر مثلها ألفا وخمسمائة تحالفا)لأن الزوج يدعى عليها الحط عن مهر المثل وهى تنكر ، والمرأة تدعى عليه الزيادة وهو ينكر ، وينبغى أن يقرع القاضى بينهما فى البداية لاستوائهما ، فإن نكل الزوج يقضى بألف وخمسمائة كما لو أقر بذلك صريحا ، وإن نكلت المرأة وجب المسمى ألف لأنها أقرت بالحط ، وإن حلفا جميعا وجب ألف وخمسمائة ألف بطريق التسمية لايخير الزوج فيها لاتفاقهما على تسمية الألف وخمسمائة باعتبار مهر المثل يخير فيها الزوج ، وأيهما أقام البينة قبلت بينته ، وإن أقاما يقضى بألف وخمسمائة ألف بطريق التسمية وخمسمائة باعتبار مهر المثل لأن البينتين بطلتا لمكان التعارض ،

(قوله فإن نكل الزوج يقضى بألف وخمسمائة) أقول : بل يقضى بألفين على ماعرف أن أيهما نكل لزمه دعوى الآخر .

هذا تخريج الرازى . وقال الكرخى : يتحالفان فى الفصول الثلاثة ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك ، ولو كان الاختلاف فى أصل المسمى يجب مهر المثل بالإجماع لأنه هو الأصل عندهما ، وعنده تعذر القضاء بالمسمى فيصار إليه ، ولو كان الاختلاف بعد موت أحدهما فالجواب فيه كالجواب فى حياتهما لأن اعتبار مهر المثل لا يسقط

فلا حاجة إلى التحالف ، ويقرع فى التحالف للابتداء استحبابا ، ولو بدأ بأيهما كان جاز . وقال القدورى فى شرح كتاب الاستحلاف : يبدأ بيمين الزوج لأنه كالمشترى والمهر كالثمن ، وفى المتبايعين يبدأ بيمين المشترى وإليه ذهب الإسبيجابى (قوله ولو كان الاختلاف فى أصل المسمى) فى حال الحياة بأن ادعاه أحدهما ونفاه الآخر (يجب مهر المثل بالإجماع) ولو كان بعد الطلاق قبل الدخول تجب المتعة بالاتفاق (لأنه هو الأصل عندهما) أى عند أبى حنيفة ومحمد ، وعند أبى يوسف تعذر القضاء بالمسمى لأن القول لمنكر التسمية مع يمينه فيصار إلى مهر المثل . واستشكل كون مهر المثل هو الأصل عند محمد بل هو مع أبى يوسف فى أن المسمى هو الأصل على ماصرح هو به فى مسئلة ما إذا تزوّجها على هذا العبد أو على هذا العبد وأحدهما أوكس . وما ذكر من إيجابه مع أبى حنيفة مهر المثل لا يستلزم كونه بناء عليه فقد أشرنا إلى أنه ليعرف من معه الظاهر بناء على أن العادة كون المسمى لا ينقص عن مهر المثل إلا نادرا ، لكنا منعنا فى تلك المسئلة اختلافهم فى أن الأصل هو مهر المثل بل الاتفاق عليه ، ولا ينتفى بذلك الخلاف ، فلا يشكل على هذا كون الأصل مهر المثل عند محمد هنا كما هو عند أبى حنيفة ، بل الأولى أن يعلل للكل به والمسئلة اتفاقية (قوله ولو كان الاختلاف بعد موت أحدهما ، فالجواب فيه كالجواب فى حياتهما) أى حال قيام النكاح فى الأصل والمقدار ، ومن كان القول له لو كان حيا يكون القول لورثته . وفى الأصل يجب مهر المثل بعد الدخول وقبله بعد الطلاق المتعة لأن اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت

ونص محمد فى هذا الفصل أن بينة المرأة أولى لإثباتها الزيادة . وذكر الإمام المحبوبى بعد ذكر وجوب مهر المثل فيما إذا تحالفا فقال ثم إذا تحالفا يبدأ بيمين الزوج لأنه أبينهما إنكارا وإن أقاما البينة فالبينة بينة المرأة لأنها تثبت الزيادة والبينة مشروعة للإثبات (هذا تخريج الرازى . وقال الكرخى : يتحالفان فى الفصول الثلاثة) على قول أبى حنيفة ومحمد ، وهو أن يكون مهر المثل شاهدا له أو شاهدا لها أو كان بينهما ، ثم يصار إلى مهر المثل لأنهما اتفقا على أصل التسمية ، والتسمية الصحيحة تمنع المصير إلى مهر المثل ، وإذا حلفا تعذر التسمية فيحكم مهر المثل . قيل قول أبى بكر أصح لأن تحكيم المهر ليس لإيجاب مهر المثل ، وإنما هو لمعرفة من يشهد له الظاهر ، ثم الأصل فى الدعاوى أن القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه (ولو كان الاختلاف فى أصل المسمى) بأن ادعى أحدهما التسمية وأنكر الآخر كان القول قول من ينكر التسمية (ويجب مهر المثل بالإجماع) المركب ، أما عندهما فلأنه الأصل فى التحكيم ، وأما عند أبى يوسف فلأنه تعذر القضاء بالمسمى لعدم ثبوت التسمية للاختلاف فيجب مهر المثل كما لو تزوّجها ولم يسمّ لها مهرا (ولو كان الاختلاف بعد موت أحدهما) بين الحى وورثة الميت (فالجواب فيه كالجواب فى حياتهما) فى الأصل ، والمقدار فى الأصل يجب مهر المثل بعد الدخول والمتعة قبله ،

(قال المصنف : هذا تخريج الرازى وقال الكرخى الخ) أقول : وصحح فى النهاية تخريج أبى بكر . وفى شرح تاج الشريعة قول الكرخى أصح (قال المصنف : ولو كان ، الاختلاف فى أصل المسمى يجب مهر المثل بالإجماع) أقول : الظاهر شاهد لمدعى التسمية عند أبى يوسف فلم لا يكون القول قوله عنده (قوله كالجواب فى حياتهما فى الأصل) أقول : أى فى أصل التسمية (قوله والمتعة قبله) أقول يعنى بعد الطلاق

بموت أحدهما، ولو كان الاختلاف بعد موتهما فى المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند أبى حنيفة ، ولا يستثنى القليل، وعند محمد الجواب فيه كالجواب فى حالة الحياة ، وإن كان فى أصل المسمى فعند أبى حنيفة القول قول من أنكره . فالحاصل أنه لاحكم لمهر المثل عنده بعد موتهما على مانبينه من بعد إن شاء الله . قال (وإذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا فلورثتها أن يأخذوا ذلك من ميراث الزوج . وإن لم يكن سمى له مهرا فلا شىء لورثتها عند أبى حنيفة . وقالا : لورثتها المهر فى الوجهين) معناه المسمى فى الوجه الأول ومهر المثل فى الوجه الثانى . أما الأول فلأن المسمى دين فى ذمته وقد تأكد بالموت فيقضى من تركته . إلا إذا علم أنها ماتت أولا فيسقط

أحدهما ، ولهذا يجب فى المفوضة مهر المثل بعد موت أحدهما بالاتفاق (قوله ولو كان الاختلاف بعد موتهما فى المقدار فالقول لورثة الزوج عند أبى حنيفة) كأبى يوسف حال الحياة ، إلا أن أبا حنيفة لم يستثن القليل ، وهذا لسقوط مهر المثل بعد موتهما عند أبى حنيفة (وعند محمد الجواب بعد موتهما كالجواب فى حال الحياة ، وإن كان فى أصل المسمى ، فعند أبى حنيفة القول لمن أنكره) ولا يقضى بشىء وعندهما يقضى بمهر المثل ، وبه قال مالك والشافعى وأحمد وعليه الفتوى ، لكن الشافعى يقول بعد التحالف : وعندنا وعند مالك وأحمد لايجب التحالف (قوله على مانبينه) يعنى فى المسئلة التى تليها من غير فصل ، وهى ما إذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا ثبت ذلك بالبينة أو بتصادق الورثة فلورثتها أن يأخذوا ذلك من ميراث الزوج ، هذا إذا علم أن الزوج مات أولا أو علم أنهما ماتا معا أو لم تعلم الأولية لأن المهر كان معلوم الثبوت، فلما لم يتيقن بسقوط شىء منه بموت المرأة أولا لايسقط ، وأما إذا علم أنها ماتت أولا فيسقط منه نصيب الزوج لأنه ورث دينا على نفسه ، فعلم بهذا أن المستثنى منه المحذوف فى قوله إلا إذا علم الخ هو هذه الصور الثلاث التى ذكرناها ، كذا فى النهاية . والصواب أن المستثنى منه جميع الصور لأن التقدير فلورثتها أن يأخذوا ذلك فى جميع الصور إلا فى صورة العلم بموتها قبله لأن المستثنى منه هو العام ، ولو كان الصور الثلاث مستثنى منها كان أخذ الورثة إنما هو فى بعض الثلاث لا كلها (قوله وإن لم يسم لها مهرا فلا شىء لورثتها عند أبى حنيفة وقالا لهم مهر المثل) واستدل أبو حنيفة فى الكتاب فقال : أرأيت لو ادعى ورثة على على ورثة عمر مهر أم كلثوم بنت على أكنت أقضى فيه بشىء ؟ وهذا إشارة إلى أنه إنما لايقضى به عند تقادم العهد لأن مهر المثل يختلف باختلاف الأوقات ، فإذا تقادم العهد يتعذر على القاضى

وفى المقدار عندهما يحكم مهر المثل لأن مهر المثل لايسقط بموت أحدهما ، ألا ترى إلى مسئلة المفوضة إذا مات أحدهما وعنده القول قول الزوج أو ورثته لما تقدم (ولوكان الاختلاف بعد موتهما فى المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند أبى حنيفة ولا يستثنى القليل) خلافا لأبى يوسف فإنه يستثنيه كما تقدم (وعند محمد الجواب فيه كالجواب فى حالة الحياة) بحكم مهر المثل وهو قياس قول أبى حنيفة لكنه تركه استحسانا لما نذكره وإن كان الاختلاف بعد موتهما فى أصل التسمية ، فعند أبى حنيفة القول قول من أنكره لايحكم مهر المثل . وقوله (لما نبينه من بعد) إشارة إلى دليل أبى حنيفة فى المسئلة التى تلى هذه المسئلة . قال (وإذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا فلورثتها أن يأخذوا ذلك من ميراث الزوج ، وإن لم يكن سمى لها مهرا فلا شىء لورثتها عند أبى حنيفة ، وقالا : لورثتها المهر فى الوجهين معناه) أى معنى قوله لورثتها المهر فى الوجهين (المسمى فى الوجه الأول) وهو ما إذا سمى (ومهر المثل فى الوجه الثانى) وهو ما إذا لم يسم (أما الأول) وهو وجوب المسمى (فلأن المسمى دين فى ذمته) إما بثبوته بالبينة أو بالتصادق (وقد تأكد بالموت فيقضى من تركته) إذا علم أنهما ماتا معا أو لم يعلم أيهما مات

نصيبه من ذلك. وأما الثانى فوجه قولهما أن مهر المثل صار دينا فى ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما إذا مات أحدهما . ولأبى حنيفة أن موتهما يدل على انقراض أقرانهما فبمهر من يقدر القاضى مهر المثل (ومن بعث إلى امرأته شيئا فقالت هو هدية وقال الزوج هو من المهر فالقول قوله) لأنه هو المملك فكان أعرف بجهة التمليك ، كيف وأن الظاهر أنه يسعى فى إسقاط الواجب . قال (إلا فى الطعام الذى يؤكل فإن القول قولها)

الوقوف على مقداره ، وأيضا يؤدى إلى تكرر القضاء به لأن النكاح القديم قد يكون مشهورا وهو مما يثبت بالتسامع فيدعى ورثة ورثة الورثة على ورثة ورثة الورثة به ، فلو قضى به ثم تأخر العصر فادعى الورثة الذين وجدوا بعد ذلك بزمان به أيضا يقضى به أيضا ثم وثم فيفضى إلى ماقلنا ، أما إذا لم يتقادم فيقضى بمهر المثل . وطريق آخر أن مهر المثل قيمة البضع فيشبه المسمى ويجب بغير شرط فيشبه النفقة فالشبه الأول لايسقط أصلا ، وللشبه الثانى يسقط بموتهما أو موت أحدهما فقلنا يسقط بموتهما إعمالا لشبه النفقة ،ولا يسقط بموت أحدهما إعمالا لشبه المسمى توفيرا على الشبهين حظهما ، وهذا يقتضى أن لايقضى به وإن كان العهد قريبا وما قبله أوجه . وقال مشايخنا : هذا كله إذا لم تسلم نفسها ، فإن سلمت نفسها ثم وقع الاختلاف فى حال الحياة أو بعد الموت فإنه لايحكم بمهر المثل بل يقال لها : لابد أن تقرى بما تعجلت وإلا حكمنا عليك بالمتعارف فى المعجل ثم يعمل فى الباقى كما ذكرنا (قوله ومن بعث إلى امرأته شيئا ثم قال من حقك وقالت هدية فالقول له لأنه المملك فكان أعرف بجهة التمليك) إلا فيا يكون مهيأ للأكل لأن الظاهر يتخلف عنه فيه ، والقول إنما هو قول من يشهد له الظاهر ، والظاهر

أولا أو علم أن الزوج مات أولا ، وأما إذا علم أنها ماتت أولا فيسقط نصيبه من ذلك(وأما الثانى فوجه قولهما أن مهر المثل صار دينا فى ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما إذا مات أحدهما) وهو قياس قوله لكن استحسن فقال (إن موتهما يدل على انقراض أقرانهما فبمهرمن يقدر القاضى مهر المثل)وهذا يشير إلى أن وضع المسئلة فى صورة التقادم ، وقد روى عنه أنه استدل فقال : أرأيت لو ادعى ورثة على على ورثة عمر مهر أم كلثوم أكنت أقضى فيه بشىء ؟ وهذا لأن مهر المثل يختلف باختلاف الأوقات ، فإذا تقادم العهد وانقرض أهل ذلك العصر يتعذر على القاضى الوقوف على مقدار مهر المثل ، وعلى هذا إذا لم يكن العهد متقادما بأن لم يختلف مهر مثل هذه المرأة يقضى بمهرمثلها . وللمشايخ طريق آخر وهو أن مهر المثل من حيث هو قيمة البضع يشبه المسمى ، ومن حيث إنه يجب فى مقابلة ماليس بمال يشبه الصلة كالنفقة ؛ فباعتبار الشبه الأول لم يسقط فلا يسقط بموت أحدهما ، وباعتبار الشبه الثانى يسقط فيسقط بموتهما لأن المسقط تأكد بالموت . وقوله(ومن بعث إلى امرأته شيئا) ظاهر . وقوله (فالقول قوله) أى مع يمينه فإن حلف والمتاع قائم فللمرأة أن ترد وترجع بما بقى من المهر وإن كان

(قال المصنف : ولأبى حنيفة أن موتهما يدل على انقراض أقرانهما) أقول : فيه إشارة إلى أنه إنما لايقضى به عند تقادم العهد لأن مهر المثل يختلف باختلاف الأوقات ، فإذا تقادم العهد يتعذر على القاضى الوقوف على مقداره ، وطريق آخر أن مهر المثل قيمة البضع فيشبه المسمى ، ويجب بغير شرط فيشبه النفقة ، فللشبه الأول لايسقط أصلا وللشبه الثانى يسقط بموتهما وموت أحدهما فقلنا : يسقط بموتهما إعمالا الشبه الأول ، ولا يسقط بموت أحدهما إعمالا للشبه الثانى توفيرا على الشبهين حظهما،وهذا يقتضى أن لايقضى به وإن كان العهد قريبا : قال ابن الهمام : وما قبله أوجه ، ثم قال : وقال مشايخنا : هذا إذا لم تسلم نفسها ، فإن سلمت ثم وقع الاختلاف فى حال الحياة أو بعد الموت فإنه لايحكم بمهر المثل بل يقال لها : لابد أن تقرى بما تعجلت وإلا حكمنا عليك بالمتعارف فى المعجل ثم يعمل فى الباقى كما ذكرنا اهـ . (قال المصنف :فبمهر من يقدر القاضى مهر المثل) أقول : لم لايجوز أن يعرف ذلك بالتصادق أو بالبينة كما فى الوجه الأول (قوله فقال أرأيت لو ادعى ورثة على على ورثة عمر رضى الله عنهما الخ) أقول : المهر فى تلك القصة مسمى ، وأبو حنيفة رحمه الله متفق

والمراد منه مايكون مهيأ للأكل لأنه يتعارف هدية ، فأما فى الحنطة والشعير فالقول قوله لما بينا ، وقيل مايجب عليه من الخمار والدرع وغيرهما ليس له أن يحتسبه من المهر لأن الظاهر يكذبه ، والله أعلم .

فى المتعارف مثله أن يبعثه هدية ، والمراد منه نحو الطعام المطبوخ والمشوى والفواكه التى لاتبقى والحلواء والخبز والدجاج المطبوخ ، فأما الحنطة والشعير والعسل والسمن والجوز واللوز والدقيق والسكر والشاة الحية فالقول فيه قوله . وإذا حلف والمرسل قائم ، إن كان من غير جنس حقها ولم يرضيا ببيعه بالصداق يأخذه ، وإن كان هالكا لاترجع بالمهر بل بما بقى إن كان يبقى بعد قيمته شىء ، ولو بعث هو وبعث أبوها له أيضا ثم قام هو من المهر فللأب أن يرجع فى هبته إن كان من مال نفسه وكان قائما ، وإن كان هالكا لايرجع ، وإن كان من مال البنت بإذنها فليس له الرجوع لأنه هبة منها وهى لاترجع فيما وهبت لزوجها . وفى فتاوى أهل سمرقند : بعث إليها هدايا وعوضته المرأة ثم زفت إليه ثم فارقها وقال بعثتها إليك عارية وأراد أن يسترده وأرادت هى أن تسترد العوض فالقول قوله فى الحكم لأنه أنكر التمليك . وإذا استرده تسترد هى ماعوضته . هذا والذى يجب اعتباره فى ديارنا أن جميع ماذكر من الحنطة واللوز والدقيق والسكر والشاة الحية وباقيها يكون القول فيها قول المرأة لأن المتعارف فى ذلك كله أن يرسله هدية والظاهر مع المرأة لا معه ولا يكون القول له إلا فى نحو الثياب والجارية ، وفيما إذا بعث الأب بعد بعث الزوج تعويضا يثبت له حق الرجوع على الوجه الذى ذكر فى فتاوى أهل سمرقند ، وكذا البنت فيما إذا أذنت فى بعثه تعويضا ، هذا إذا كان بعثها عقيب بعث الزوج ، فإن تقدم عليه فالظاهر أنه هدية لايوجب الرجوع فيه للزوج إلا إن كان قائما ، والله سبحانه أعلم (قوله فالقول قوله) أى مع يمينه (قوله وقيل مايجب الخ) بخلاف الخف والملاءة لاتجب عليه إذ لايجب عليه تمكينها من الخروج بل يجب منعها إلا فيما سنذكره فيما بعد إن شاء الله تعالى ، ويجب عليه الخف والملاءة لأمتها ، ثم كون الظاهر يكذبه فى نحو الدرع والخمار إنما ينفى احتسابه من المهر لا من حق آخر كالكسوة .

[فروع] زوج بنته وجهزها ثم ادعى أن ما دفعه لها عارية وقالت تمليكا أو قال الزوج ذلك بعد موتها ليرث منه وقال الأب عارية ، قيل القول للزوج ولها لأن الظاهر شاهد به إذ العادة دفع ذلك إليها هبة واختاره السغدى ، واختار الإمام السرخسى كون القول للأب لأن ذلك يستفاد من جهته والمختار للفتوى القول الأول إن كان العرف ظاهرا بذلك كما فى ديارهم كما ذكره فى الواقعات وفتاوى الخاصى وغيرهما ، وإن كان العرف مشتركا فالقول للأب ، وقيل إن كان الرجل ممن مثله يجهز البنات تمليكا فالقول للزوج وإلا فله . ولو أبرأت الزوج من المهر أو وهبته ثم ماتت فقالت الورثة هو فى مرض موتها وأنكر الزوج فالقول له . وقيل ينبغى أن يكون القول

هالكا لم ترجع . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله وأن الظاهر أنه يسعى فى إسقاط الواجب . وقوله (وقيل مايجب عليه) إنما قيد بالوجوب لأنه إذا بعث الخف والملاءة كان له أن يحتسبه من المهر لأن ذلك لا يجبه عليه . وقوله (وغيرهما) قيل كمتاع البيت .

معهما فى صورة كونه مسمى فى أنه يأخذه ورثة الزوجة فما تقريب هذا التعليل هنا (قوله وقوله لما بينا إشارة إلى قوله وأن الظاهر أنه يسعى الخ) أقول : والظاهر أنه إشارة إلى مجموع الدليلين .

للورثة لأن الزوج يدعى سقوط ما كان ثابتا وهم ينكرون . وجه الظاهر أن الورثة لم يكن لهم حق وإنما كان لها وهم يدّعونه لأنفسهم والزوج ينكر فالقول له . وفى البدائع فى كتاب النفقات : أعطاها مالا وقال من المهر وقالت من النفقة فالقول للزوج إلا أن تقيم هى البينة لأن التمليك منه . وفى الخلاصة : أنفق على معتدة الغير على طمع أن يتزوّجها إذا انقضت عدّتها ، فلما انقضت أبت ، إن شرط فى الإنفاق التزوّج : يعنى كأن يقول أنفق عليك بشرط أن تتزوّجينى يرجع زوّجت نفسها أولا لأنه رشوة . والصحيح أنه لا يرجع لو زوّجت نفسها وإن لم يشترط لكن أنفق على هذا الطمع اختلفوا . والأصح أنه لا يرجع إذا زوّجت . قاله الصدر الشهيد . وقال الشيخ الإمام : الأصح أنه يرجع عليها زوّجت نفسها منه أولا لأنه رشوة ، واختاره فى المحيط . وهذا إذا دفع الدراهم إليها لتنفق على نفسها ، أما إذا أكل معها فلا يرجع بشىء اهـ ولم يذكر ما إذا أبت أن تتزوجه فى فصل عدم الاشتراط صريحا إلا ما قد يتوهم من اقتصاره على قول الشهيد ، ومن بعده أنه يرجع إذا لم تتزوّجه . وحكى فى فتاوى الخاصى فيما إذا أنفق بلا شرط بل للعلم عرفا أنه ينفق للتزوج ثم لم تتزوج به خلافا : منهم من قال يرجع لأن المعروف كالمشروط ، ومنهم من قال لا . قال : وهو الصحيح لأنه إنما أنفق على قصده لا شرطه . وفيها : ادعت على زوجها بعد وفاته أن لها عليه ألفا من مهرها تصدق فى الدعوى إلى مهر مثلها فى قول أبى حنيفة لأن عنده يحكم مهر المثل فمن شهد له مهر المثل كان القول قوله قوله مع يمينه . وفى النوازل : اتخذت لأبويها مأتما فبعث الزوج إليها بقرة فذبحتها وأطعمتها أيام المأتم فطلب قيمتها فإن اتفقا أنه بعث بها إليها وأمرها أن تذبح وتطعم ولم يذكر قيمة ليس له أن يرجع عليها لأنها فعلت بإذنه من غير شرط القيمة . وإن اتفقا على ذكره الرجوع بالقيمة فله أن يرجع وإن اختلفا فى ذكر القيمة فالقول للزوجة مع يمينها لأن حاصل الاختلاف راجع إلى شرط الضمان وهى منكرة .

[تتمة فيها مسائل] الأولى : مسألة تعورف ذكرها فى باب المهر مع أن الجواب المذكور فيها إنما يتعلق بالميراث فأحببنا الاتباع و نذكر المهر زيادة فيها . تزوّج ثنتين فى عقدة وواحدة فى عقدة وثلاثا فى عقدة ومات قبل أن يدخل بواحدة منهن وقبل أن يبين المتقدمة نكاحا من غيرها ، فميراث الزوجات وهو الربع عند عدم الولد وولد الابن ، والثمن مع الولد أو ولد الابن بينهن على أربعة وعشرين : سبعة للتى تزوّجها وحدها اتفاقا ، والباقى نصفه للثنتين ، ونصفه للثلاث عند أبى حنيفة ، وقالا : ثمانية أسهم من الباقى للثنتين ، وتسعة للثلاث على اختلاف تخريجهما . وإنما قلنا المسألة من أربعة وعشرين لأن نكاح الواحدة صحيح على كل حال لأنه إن تقدم فظاهر . وكذا إن توسط لأنها تكون ثالثة إن وقع بعد الثنتين ورابعة بعد الثلاث ، وكذا إذا تأخر لبطلان نكاح أحد الفريقين فقع هى ثالثة أو رابعة ، ونكاح كل من الفريقين صحيح فى حال باطل فى حال . ثم تقول : إن صح نكاح الواحدة مع الثنتين فلها ثلث الميراث ، وإن صح مع الثلاث فلها ربعه فنحتاج إلى حساب له ثلث وربع وأقله اثنا عشر : أو نقول : مخرج الثلث من ثلاثة والربع من أربعة وبينهما مباينة فضربنا أحدهما فى الآخر فصار اثنى عشر فيكون لها الثلث فى حال أربعة والربع فى حال ثلاثة ، فثلاثة ثابتة بيقين ، والرابع يجب فى حال دون حال فينصف للشك فيه فينكسر فيضعف فيصير أربعة وعشرين ، أو يضرب مخرج النصف وهو اثنان فى اثنى عشر فصار أربعة وعشرين ، ثم نقول : التى تزوّجها وحدها سبعة من أربعة وعشرين لأن لها الثلث فى حال ثمانية ، والربع فى حال

ستة فستة ثابتة بيقين ، ووقع الشك فى سهمين لأنهما يسقطان فى حال ويثبتان فى حال ، فيثبت أحدهما ويضم إلى ستة صار لها سبعة ومما بقى تسعة للثلاث لكل واحدة ثلاثة وثمانية للثنتين لكل واحدة أربعة عندهما على اختلاف تخريجهما . أما أبو يوسف فيعتبر المنازعة فيقول : لا منازعة للثنتين فى السهم السابع عشر لأنهما لا تدعيان إلا ثلثى الميراث ستة عشر ، فالسهم السابع عشر يسلم للثلاث لأنهن يدعين ثلاثة أرباع الميراث ثمانية عشر فبقى ستة استوت منازعة الفريقين فيها فتكون بينهما نصفان فحصل للثلاث تسعة منها وللثنتين ثمانية . وأما محمد فيعتبر الأحوال فيقول إن صح نكاح الثنتين فلهما ثلثا الميراث ستة عشر وهو حال التقدم على الثلاث فتكون الواحدة معهما فيكون لهما ثلثاه ، وإن لم يصح فلا شىء لهما فلهما نصف ذلك وهو ثمانية . والثلاث إن صح نكاحهن فلهن ثلاثة أرباع الميراث ثمانية عشر لأن الواحدة ترث معهن . وإن لم يصح فلا شىء لهن فلهن نصف ذلك وهو تسعة ، فاتفق الجواب واختلف التخريج والضابط عن الغلط قولنا الحاء مع الحاء والعين مع العين : أى لمحمد الأحوال ويعقوب المنازعة . وعند أبى حنيفة نصف مابقى للثنتين ونصف الآخر للثلاث لأن الفريقين فى علة الاستحقاق سواء ، لأن كل فريق يستحق فى حال وهو ما إذا كان سابقا على الفريق الآخر دون حال التأخير . فصار كما لو لم يكن معهن واحدة ولو لم يكن معهن واحدة كان جميع ميراث النساء بين الفريقين نصفين ، كذا هنا ، فللتنصف وقع الكسر فضعفنا المجموع صار ثمانية وأربعين أو تضرب مخرج النصف وهو اثنان فى أربعة وعشرين فيصير ثمانية وأربعين للواحدة من ذلك أربعة عشر ولكل واحدة من الطائفتين سبعة عشر فنطلب بين السهام والرءوس الاستقامة أو الموافقة أو المباينة فتستقيم أربعة عشر على الواحدة ولا تستقيم سبعة عشر على الثنتين ولا على الثلاث ولا موافقة بين ذلك أيضا فحصل معنا اثنان وثلاثة فنطلب بين الرءوس والرءوس الأحوال الأربعة : التداخل ، والتماثل ، والتوافق ، والتباين ، فوجدناها متباينة فنضرب ثلاثة فى اثنين أو على العكس فيحصل ستة فنضربها فى ثمانية وأربعين فتصير مائتين وثمانية وثمانين ومنها تصح . وطريق معرفة ما لكل أن تضرب ما كان له فى هذه الستة كان للواحدة أربعة عشر فتضربها فى ستة يحصل لها أربعة وثمانون وكان لكل فريق سبعة عشر ضربناها فى الستة يحصل لكل فريق مائة وسهمان لكل من الثنتين أحد وخمسون ولكل من الثلاث أربعة وثلاثون . فإن قيل : ماذكر أبو حنيفة مشكل لأنه يعطى الثنتين مالا تدعيانه أجيب بأنهما إنما لا تدعيانه إذا استحقت الواحدة ذلك السهم فأما بدون استحقاقها فلا وقد خرج ذلك السهم من استحقاق الواحدة فكان دعواهما ودعوى الثلاث فى استحقاق ما فرغ من استحقاق الواحدة سواء . هذا الاختلاف فى الإرث ، أما المهور فالزوج إن كان حيا يؤمر بالبيان جبرا والقول قوله فى الثلاث والثنتين أيهن الأول لأن نكاح أحد الفريقين صحيح فى نفس الأمر ، والزوج هو الذى باشر العقود ، فإن قال لا أدرى الأول حجب عنهن إلا الواحدة لأنه أقر بالاشتباه فيما لا مساغ فيه للتحرى . وإن مات أحد الفريقين والزوج حى فقال هن الأول ورثهن وأعطى مهورهن وفرق بينه وبين الآخر ، وإن كان دخل بهن كلهن ثم قال فى صحته أو عند موته لأحد الفريقين ذلك فهو الأول ، ويفرق بينه وبين الآخر ولكل واحدة الأقل من مهر مثلها والمسمى كما هو الرسم فى الدخول فى النكاح الفاسد والدخول بهن لا يؤثر فى البيان إذا لم تعلم السابقة فى الوطء . وأما المهر قبل الدخول فللواحدة ماسمى لها بكماله لأن نكاحها صحيح

بيقين ، وللثلاث مهر ونصف وللثنتين مهر واحد بالاتفاق فهما يمرّان على أصلهما فى اعتبار المنازعة والحال. وأبو حنيفة فرق بين المهر والميراث فاعتبر المنازعة فى المهر دون الميراث فقال : مافضل من الواحدة هناك بين الفريقين نصفان لايتفاوتان فيه لأنهما قد استويا فى الاستحقاق فيكون بينهما ، فأما هنا فالثنتان لاتدعيان النصف الزائد على المهرين والثلاث يدعينه فسلم لهن ، وفى المهرين استوت منازعتهما فيكون بينهما . أو نقول : أكثر مالهن ثلاثة مهور بأن يكون السابق نكاح الثلاث وأقل مالهن مهران بأن يكون نكاح الثنتين سابقا فوقع الشك فى مهر واحد فيتنصف فكان لهن مهران ونصف ، ثم لامنازعة للثنتين فى الزيادة على مهرين فيسلم ذلك مع الثلاث وهو نصف مهر يبقى مهران استوت منازعة الفريقين فيه فكان بينهما فحصل مهر ونصف وللثنتين مهر واحد . ومحمد يقول : إن صح نكاح الثلاث فلهن ثلاثة مهور ، وإن لم يصح فلا شيء لهن فلهن نصف ذلك وهو مهر ونصف ، وأما الثنتان فلهما مهران إن صح وإلا فلا شيء لهما فلهما نصف ذلك مهر واحد . وأما حكم العدة فعلى كل واحدة منهن عدة الوفاة على الواحدة ظاهر ، وعلى الفريقين كذلك لأن الشرع حكم بصحة نكاحهن حيث أوجب لهن مهرا وميراثا والعدة مما يحتاط فيها ، فإن كان الزوج دخل بهن ولم يعرف الأول من الآخر فعلى غير الواحدة عدة الوفاة والحيض جميعا ، أعنى أربعة أشهر وعشرا يستكمل فيها ثلاث حيض .

المسئلة الثانية : تزوّج امرأة وابنتيها فى ثلاثة عقود ولا تدرى الأولى منهن ومات قبل الوطء والبيان فلهن مهر واحد لأن الصحيح نكاح إحداهن ليس غير لأنه إن تزوّج الأم أولا لم يصح نكاح بنتها أو البنت فكذلك ، ولهن كمال ميراث النساء هذا بالاتفاق . ثم اختلفوا فى كيفية القسمة فقال أبو حنيفة : للأم النصف من كل من المهر والميراث ، وقال أبو يوسف ومحمد : يقسم بينهن أثلاثا ولو كان تزوّج الأم فى عقدة والبنتين فى عقدة كان الكل للأم بالاتفاق المتيقن ببطلان نكاحهما تقدم أو تأخر عن الأم للجمع بين الأختين فى عقدة ؛ ولو كان تزوّج امرأة وأمها وابنتها أو امرأة وأمها وأخت أمها كان المهر والميراث بينهن أثلاثا اتفاقا . وقيل على الخلاف ، والصحيح الأول . والأصل أن المساواة فى سبب الاستحقاق توجب المساواة فى الاستحقاق . ونكاح كل واحدة يصح فى حال ولا يصح فى حالين فاستوين فى حق الاستحقاق وهو يساعدهما على هذا الأصل ، لكنه يقول : الأم لايزاحمها إلا إحدى البنتين لأنا تيقنا ببطلان نكاح إحدى البنتين والابنتان فى النصف استوتا لأنه ليست إحداهما بتعيين جهة البطلان أولى من الأخرى .

المسئلة الثالثة : قال لأجنبية كلما تزوّجتك فأنت طالق فتزوّجها فى يوم ثلاث مرات ودخل بها فى كل مرة فهى امرأته ، وعليه مهران ونصف مهر ، ووقع عليه تطليقتان على قول أبى حنيفة وأبى يوسف ، لأنه لما تزوّجها أولا وقع تطليقة ووجب نصف مهر ، فلما دخل بها وجب مهر كامل لأنه وطء عن شبهة فى المحل ، إذ الطلاق غير واقع عند الشافعى بناء على أن هذا التعليق عنده لايصح ووجبت العدة ، فإذا تزوّجها ثانيا وقعت أخرى وهو طلاق بعد الدخول معنى ، فإن من تزوّج معتدته البائن وطلقها قبل الدخول فعند أبى حنيفة وأبى يوسف يكون هذا الطلاق بعد الدخول معنى فيجب مهر كامل وعدة مستأنفة ، خلافا لمحمد فى إيجابه نصف المهر وبقية عدتها

(فصل)

(وإذا تزوّج النصرانى نصرانية على ميتة أو على غير مهر وذلك فى دينهم

التى كانت فيها فصار على قولهما الواجب مهران ونصف مهر . فإذا دخل بها وهى معتدة عن طلاق رجعى صار مراجعا فلا يجب بالوطء شيء . فإذا تزوّجها ثالثا لا يصح النكاح لأنه تزوّجها وهى منكوحة ونكاح المنكوحة لا يصح . وعلى قول محمد بالتزوّج الأوّل والطلاق عقيبه يجب نصف وبالدخول بعد مهر كامل وبالتزوّج ، والدخول بعد الطلاق الواقع عقيبه أيضا مهر ونصف . وكذا بالتزوّج الثالث فكان الواجب على قوله أربعة مهور ونصف مهر . وهذا بناء على أنه لم يصر مراجعا بالوطء عقيب النكاح الثانى لأن الطلاق الثانى لم يقع على مدخول بها . وعندهما لما كان الدخول فى الأول دخولا فى الثانى كان الطلاق الثانى عقيب الدخول . ولا يخفى عليك أن الدخول الأول لم يكن فى نكاح بل ليس إلا وطأ بشبهة فاقتضى قولهما على هذا أن الرجعة تثبت بالوطء فى عدة وإن كانت تلك العدة عن غير طلاق بل عن وطء بشبهة إذا كان مسبوقا بطلاق . ولو قال كلما تزوّجتك فأنت طالق بائن والمسئلة بحالها بانت بثلاث وعليه خمسة مهور ونصف مهر فى قياس قولهما وأربعة مهور ونصف على قول محمد . وتخريج ذلك على الأصل المذكور لكل ؛ فقول محمد يلزمه أربعة مهور ونصف على الأصل المذكور له آنفا ظاهر . وأما وجه ما ذكرنا عندهما فلأنه بالنكاح الأول والدخول بعده يجب مهر ونصف ؛ وبالنكاح الثانى طلقت بائنا ولها مهر كامل لأنه طلاق بعد الدخول على قولهما ، ومهر آخر بالدخول بعده للشبهة ولم يصر به مراجعا لأن الطلاق بائن . وبالنكاح الثالث طلقت ثلاثا ولها مهر . وبالدخول بعد مهر آخر فصارت خمسة مهور ونصفا . ثلاثة بالدخول ثلاث مرات . ونصف مهر بالتزوّج الأول . ومهران بالتزوّجين الأخيرين لكون الطلاق بعدهما بعد الدخول على قولهما .

(فصل)

لما ذكر مهور المسلمين شرع فى ذكر مهور الكفار (قوله وإذا تزوّج نصرانى) المراد إذا تزوّج ذمى كتابى أو مجوسى على ميتة أو على غير مهر وذلك فى دينهم جائز ودخل بها أو طلقها قبل الدخول أو مات عنها فليس لها مهر ، ولو أسلما أو رفع أحدهما إلينا أو ترافعا وهذا إذا لم يدينوا مهر المثل بالنفى وكذا لو تزوّجها على دم لأنهم

(فصل)

لما ذكر أحكام النكاح فى حق المسلمين وهم الأصول فى الشرائع ذكر من هو تبع لهم فى المعاملات ومن المعاملات أحكام النكاح فى حق الكفار (وإذا تزوّج النصرانى نصرانية) قيل المراد بهما الذمى والذمية ولهذا ذكر فى المبسوط بلفظ الذمى . وأقول : يجوز أن يكون أطلقه ليتناول المستأمن أيضا (وذلك فى دينهم) أى النكاح

(فصل) إذا تزوج

(قوله لما ذكر أحكام النكاح الخ) أقول : الظاهر أن يقول أحكام المهر ، لكن مراد الشارح بأحكام النكاح المهر أيضا (قوله وإذا تزوج النصرانى نصرانية ، إلى قوله : ليتناول المستأمن أيضا) أقول : ولو قال إذا تزوج الكافر كافرة لكان أعم وأشمل (قوله وذلك فى دينهم : أى النكاح بغير مهر الخ) أقول : ولعل الأولى أن يجعل ذلك إشارة إلى مجموع ما ذكر من النكاح على الميتة وعلى غير مهر

جائز فدخل بها أو طلقها قبل الدخول بها أو مات عنها فليس لها مهر ، وكذلك الحربيان فى دار الحرب) وهذا عند أبى حنيفة وهو قولهما فى الحربيين . وأما فى الذمية فلها مهر مثلها إن مات عنها أو دخل بها والمتعة إن طلقها قبل الدخول بها . وقال زفر : لها مهر المثل فى الحربيين أيضا . له أن الشرع ماشرع ابتغاء النكاح إلا بالمال ؛ وهذا الشرع وقع عاما فيثبت الحكم على العموم . ولهما أن أهل الحرب غير ملتزمين أحكام الإسلام وولاية الإلزام ومنقطعة لتباين الدار ، بخلاف أهل الذمة لأنهم التزموا أحكامنا فيما يرجع إلى المعاملات كالربا والزنا ، وولاية الإلزام متحققة لاتحاد الدار . ولأبى حنيفة أن أهل الذمة لايلتزمون أحكامنا فى الديانات وفيما يعتقدون خلافه فى المعاملات ، وولاية الإلزام بالسيف وبالمحاجة وكل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة ، فإنا أمرنا بأن نتركهم وما يدينون فصاروا كأهل الحرب ،

اتفقوا على عدم المهر وهم يدينونه ، وهذا لأنهم لايتمولون الميتة حتف أنفها بخلاف الموقوذة ، وكذا فى الحربيين (هذا مذهب أبى حنيفة وبه قالا فى الحربيين) أى لو أسلما أو ترافعا (أما فى الذمية فلها عندهما مهر مثلها إن دخل بها أو مات أحدهما والمتعة إن طلقها قبل الدخول) لوقوعه فى نكاح لاتسمية فيه ، وبهذا قال زفر فى الحربيين أيضا لأن الشرع لم يشرع ابتغاء النكاح إلا بالمال ، وهذا الشرع وقع عاما فيتناول الكفار بناء على أنهم مخاطبون بالمعاملات والنكاح منها ، غير أنه يصير عبادة بالنية والكافر ليس من أهلها فتمحض معاملة فى حقه (ولهما أن أهل الحرب غير ملتزمين الأحكام) وليس لنا عليهم ولاية الإلزام للتباين ، بخلاف أهل الذمة فإنهم التزموها فى المعاملات ، وولاية الإلزام ثابتة فنعزره إذا زنى وننهاه عن الربا ونحكم بفساده والنكاح منها ؛ ولذا تجرى عليهم أحكامه من لزوم النفقة والعدة وثبوت النسب والتوارث به وثبوت خيار البلوغ وحرمة المطلقة ثلاثا ونكاح المحارم . وقد يقال من طرف زفر عدم التزامهم وقصور الولاية منا عنهم لاينفى تحقق الوجوب عليهم لعموم الخطاب ، حتى إذا ترافعا إلينا نقضى عليهما بما لزمهما حال كونهما حربا وأنا إنما أخرنا الوجوب ليظهر عند إمكان إلزامهم أثره (قوله ولأبى حنيفة) حاصله منع المقدمة القائلة إنهم التزموا أحكامنا فى المعاملات بل ليسوا ملتزمين

بغير مهر فى دينهم (جائز) والواو للحال (فليس لها مهر) وإن أسلما (وكذلك الحربيان فى دار الحرب وهذا) أى عدم وجوب المهر فى الذميين والحربيين (عند أبى حنيفة) ووافقاه فى الحربيين . وأما فى الذمية ، فإن دخل بها أو مات عنها فلها مهر المثل ، وإن طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وخالفه زفر فى الحربيين أيضا ، وقال (الشرع ماشرع ابتغاء النكاح إلا بالمال) لقوله تعالى - أن تبتغوا بأموالكم - (وهذا الشرع وقع عاما) لأن النكاح من باب المعاملات والكفار مخاطبون بالمعاملات فيثبت الحكم على العموم) وحاصل كلامه المشروع فى باب النكاح الابتغاء بالمال على العموم ، وكل ماكان كذلك يثبت حكمه على العموم ، وقالا : أهل الحرب لم يلتزموا أحكام الإسلام وهو ظاهر ، ولا يكون الحكم عليهم إلا بالإلزام ولا إلزام إلا بالولاية ، وقد انقطع الولاية بتباين الدارين (بخلاف أهل الذمة لأنهم التزموا أحكامنا فيما يرجع إلى المعاملات) لأن الالتزام بعقد الذمة وقد وجد منهم فكان كالزنا والربا فإنهم ينهون عن ذلك ويقام عليهم الحد ، ولئن سلمنا أنهم لم يلتزموا لكن ولاية الإلزام متحققة لاتحاد الدار (ولأبى حنيفة أن أهل الذمة لايلتزمون أحكامنا) فى الديانات كالصوم والصلاة (وفيما يعتقدون خلافه فى المعاملات) أيضا كبيع الخمر والخنزير (وولاية الإلزام بالسيف والمحاجة) وليست بموجودة لانقطاعها عنهم بعقد الذمة (فإنا أمرنا بأن نتركهم وما يدينون فصاروا كأهل الحرب) فى عدم الالتزام

ويجوز أن يجعل قوله بغير مهر متناولا للنكاح بالميتة أيضا .

بخلاف الزنا لأنه حرام فى الأديان كلها ، والربا مستثنى عن عقودهم لقوله عليه الصلاة والسلام « ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد » وقوله فى الكتاب أو على غير مهر يحتمل نفى المهر ويحتمل السكوت . وقد قيل : فى الميتة والسكوت روايتان :

بعقد الذمة مايعتقدون خلافه منها إلا ماشرط عليهم ولذا لانمنعهم من بيع الخمر والخنزير ونكاح المحارم ، كذا فى بعض كتب الفقه ، وفى بعضها ماذكرناه من حرمة المحارم عليهم ولا تنافى ، فحمل أحدهما من تدين بحرمتهن ومحمل الآخر من لايتدين بحرمتهن كالمجوس فلم يلتزموا ولم نؤمر بإلزامهم بل نتركهم وما يدينون فصار أهل الذمة أولى من أهل الحرب بذلك لأن المانع فيهم المنعة الحسية وأمرنا بهدمها ، والمانع فى أهل الذمة المنعة الشرعية وأمرنا بتقريرها . بخلاف الربا لأنه مستثنى من عقودهم . قال صلى الله عليه وسلم « ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد » روى معناه القاسم بن سلام بسنده فى كتاب الأموال عن أبى المليح الهذلى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صالح أهل نجران فكتب لهم كتابا وساقه ، وفيه : ولا تأكلوا الربا فمن أكل منهم الربا فذمتى منهم بريئة » وفى مصنف ابن أبى شيبة بسنده إلى الشعبى « كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى نجران وهم نصارى أن من بايع منكم بالربا فلا ذمة له » وهو مرسل وهو حجة عندنا . وإذا منعنا من التعرض لهم فيما يدينون قبل الإسلام إلا المستثنى فبعد الإسلام والمرافعة حال بقاء النكاح والمهر ليس شرطا لبقائه . والذى يقتضيه النظر أن الاستدلال على أن الكفار مخاطبون بالمعاملات إن تم تم المطلوب لزفر هنا لأن الأمر بترك التعرض لهم لذمتهم لايقتضى سوى أن لايتعرض لهم مالم يرضوا بحكمنا أويسلموا ، وذلك لايمنع من قيام لزوم المهر شرعا فى ذمتهم . وحالة الإسلام وإن كانت حالة البقاء والمهر ليس شرطا فيها ولا حكما لاتمنع القضاء بالتقرر فى الذمة أول الوجود لما ارتفع منع الشرع من التعرض لهم (قوله وقد قيل فى الميتة والسكوت) عن المهر (روايتان) بخلاف نفيه صريحا ، ففى ظاهر الرواية لها مهر المثل . وذكر الكرخى أنه لافرق على قياس قول أبى حنيفة بين السكوت والنفى . ووجهه ما فى المبسوط أن تملك البضع فى حقهم كتملك المال فى حق المسلمين فلا يجب العوض فيه إلا بالشرط . وجه الظاهر أن النكاح معاوضة ، فما لم ينص على نفى العوض يكون مستحقا لها والميتة كالسكوت لأنها ليست مالا عندهم فذكرها

وانقطاع الولاية . وقوله (بخلاف الزنا) جواب عن قولهما كالزنا والربا . ووجهه أن الزنا حرام فى جميع الأديان فلم يكن دينهم حتى يتركوا عليه (والربا مستثنى عن عقودهم لقوله عليه الصلاة والسلام « ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد ») ألا حرف تنبيه لاحرف استثناء كذا السماع والنسخ (وقوله فى الكتاب) أى قول محمد فى الجامع الصغير (وقد قيل فى الميتة والسكوت روايتان) يعنى عن أبى حنيفة فى رواية يجب مهر المثل كما قالا ، وفى رواية لايجب شىء ، وعلى هذه الرواية لايحتاج إلى فرق ، وأما على الرواية الأخرى وهو رواية الأصل فيحتاج إلى الفرق بين النفى والسكوت وهو أن النكاح معاوضة البضع بالمال ، فالتنصيص عليه بمنزلة اشتراط العرض كالتنصيص على البيع بين المسلمين ، فما لم يوجد التنصيص على نفى العوض يكون العوض مستحقا لها ، وأما

(قوله وهو أن النكاح معاوضة البضع بالمال فالتنصيص عليه) أقول : ضمير عليه راجع إلى النكاح (قوله وأما على الرواية الأخرى وهو رواية الأصل ، إلى قوله : كالتنصيص على البيع بين المسلمين فما لم يوجد التنصيص على نفى العوض يكون العوض مستحقا لها) أقول : فإنه إذا باع بلا تسمية ثمن ينعقد البيع فاسدا ويملك بالقبض ، وتجب القيمة على ماصرحوا به فى فصل أحكام البيع الفاسد .

والأصح أن الكل على الخلاف (فإن تزوج الذمىّ ذمية على خمر أو خنزير ثم أسلما أو أسلم أحدهما فلها الخمر والخنزير) ومعناه إذا كانا بأعيانهما والإسلام قبل القبض ، وإن كانا بغير أعيانهما فلها فى الخمر القيمة وفى الخنزير مهر المثل ، وهذا عند أبى حنيفة . وقال أبو يوسف : لها مهر المثل فى الوجهين . وقال محمد : لها القيمة فى الوجهين . وجه قولهما أن القبض مؤكد للملك فى المقبوض فيكون له شبه بالعقد فيمتنع بسبب الإسلام كالعقد وصار كما إذا كانا

لغو ، وصحح المصنف أن الكل على الخلاف وهو خلاف الظاهر (قوله فإن تزوّج ذمى ذمية على خمر أو خنزير بأعيانهما ثم أسلما أو أسلم أحدهما) قبل قبض الصداق المذكور فليس لها إلا الخمر أو الخنزير (وإن كان بغير أعيانهما) وأسلما قبله (فلها فى الخمر القيمة وفى الخنزير مهر المثل) وهذا التفصيل مذهب أبى حنيفة (وقال أبو يوسف : لها مهر المثل فى الوجهين) وهو قول الأئمة الثلاثة (وقال محمد : لها القيمة فى الوجهين) وهو قول أبى يوسف الأوّل ، ولما اشترك قولهما فى عدم إيجاب عين الخمر والخنزير إذا كانا بأعيانهما جمع بينهما فى دليله فقال (وجه قولهما أن القبض مؤكد للملك فى المقبوض) المعين ، ولهذا لو هلك قبل القبض أو تعيب عيبا فاحشا يهلك من مال الزوج حتى يلزمه مثله إن كان مثليا وإلا فقيمته ، وبعد القبض يهلك من مال المرأة ويتنصف قبل القبض بالطلاق قبل الدخول ، وبعد القبض إذا طلقها قبل الدخول لا يتنصف إلا بقضاء أو تراض على ما أسلفناه فى باب المهر فى عتق الجارية المهر ، وكذا الزوائد تتنصف قبل القبض لا بعده على ماقدمنا (فيكون له شبها بالعقد) لثبوت أثر كل منهما فى الملك فيمتنع القبض بالإسلام كما يمتنع ابتداء التمليك بالعقد إلحاقا لشبهة العقد بحقيقته

الميتة فإنها ليست بمتقوّمة عند أحد فكان التزوّج عليها كالنفى وهو مختار فخر الإسلام من الروايتين . ووجه الرواية الأخرى أن أحدا لما لم يتدين بتقومها لم تدخل تحت قوله عليه الصلاة والسلام « اتركوهم ومايدينون » فيجب حكم الشرع (والأصح أن الكل على الخلاف) عنده لايجب شىء ، وعندهما يجب مهر المثل . وقوله (فإن تزوّج الذمى ذمية) ظاهر . وقوله (وهذا كله) أى كل ماذكر وهو ماكانا معينين أو غير معينين (عند أبى حنيفة . وقال أبويوسف : لها مهر المثل فى الوجهين) أى فى المعين وغير المعين (وقال محمد : لها القيمة فى الوجهين . وجه قولهما) إنما جمع بين قولهما وإن كانا مختلفين فيما بينهما حيث قال أبويوسف فيهما بمهر المثل . وقال محمد : فيهما بالقيمة ومهر المثل غير قيمة الخمر والخنزير لأنهما يتفقان فى أن لا يوجبا عين الخمر والخنزير (أن القبض مؤكد للملك فى المقبوض) ولهذا ينصف الصداق بالطلاق قبل الدخول إذا لم يكن مقبوضا ، وبعد القبض لايعود إلى ملك الزوج شىء إلا بالرضا أو القضاء ، وإذا مرّ يوم الفطر والصداق عبد غير مقبوض ثم طلقها قبل الدخول بها لاتجب صدقة الفطر عليها ، بخلاف ما بعد القبض ، ولا تجب الزكاة عليها عند أبى حنيفة فى المهر قبل القبض بخلاف مابعده . والمؤكد للملك شبيه بالعقد لإفادته مالم يكن (فيمتنع) القبض (بسبب الإسلام) كما لو كان ابتداء التمليك بالعقد بعد الإسلام إلحاقا لشبهة العقد بحقيقته فى المحرمات (وصار كما إذا كانا

(قوله وجه قولهما) أقول : مبتدأ وخبره يجىء بعد أسطر وهو قوله أن القبض مؤكد الملك فى المقبوض الخ (قوله لأنهما يتفقان فى أن لايوجبا عين الخمر والخنزير) أقول : فإن قيل فإنهما يتفقان فى عدم التفرقة بين الخمر والخنزير أيضا فلم لم يتعرض له ؟ قلنا : لأن دليلهما الاتفاق لايلزم منه ذلك فتأمل . ثم اعلم أن قوله لأنهما يتفقان الخ تعليل لقوله إنما جمع بين قولهما الخ (قوله إلا بالرضا أو القضاء)

بغير أعيانها. وإذا التحقت حالة القبض بحالة العقد ، فأبو يوسف يقول : لو كانا مسلمين وقت العقد يجب مهر المثل فكذا ههنا ، ومحمد يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم ، إلا أنه امتنع التسليم للإسلام فتجب القيمة ، كما إذا هلك العبد المسمى قبل القبض . ولأبى حنيفة أن الملك فى الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه ، وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج إلى ضمانها وذلك لايمتنع بالإسلام كاسترداد الخمر المغصوبة ، وفى غير المعين القبض يوجب ملك العين فيمتنع بالإسلام ، بخلاف المشترى لأن ملك التصرف فيه إنما

فى المحرمات وليس يريد كما يمتنع العقد بالإسلام فإن العقد عليهما لايمتنع بل يصح ويبطل العوض (وإذا التحقت حالة القبض بحالة العقد) فامتنع فقد افترقا (فقال أبو يوسف : لو كانا مسلمين وقت العقد) فعقدا على الخمر والخنزير (يجب مهر المثل) فكذا إذا كانا مسلمين وقت القبض (ومحمد يقول : صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم ثم امتنع التسليم بالإسلام فتجب القيمة كما لو هلك العبد المسمى قبل القبض) تجب القيمة لامتناع إعطاء مثل الخمر (قوله ولأبى حنيفة أن الملك فى الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه) قبل القبض ببدل وبغير بدل ؛ فقبضه ليس موجبا للملك ولا لملك التصرف فيه فليس مؤكدا بل ناقلا لمجرد الضمان من الزوج إلى المرأة فى الهلاك (وذلك) أى انتقال الضمان (لايمتنع بالإسلام) لأن موجبه صورة اليد وصورتها لاتمتنع بالإسلام كالمسلم إذا تخمر عصيره والذمى إذا غصب منه الخمر والخنزير ثم أسلم له أن يسترده من الغاصب ، فكذا فيما نحن فيه فيقبض الخمر فيخلله أو يريقه والخنزير فيسيبه ، فإن كان مرادكم من كون القبض مؤكدا غير هذا منعنا كونه مؤكدا ؛ وإن كان المراد هذا سلمنا كونه مؤكدا ومنعنا منافاة الإسلام إياه . وفى الأسرار : ولئن سلمنا أن القبض مؤكد للملك فلا نسلم أن الإسلام يمنع تأكد الملك بدليل أن من باع عبدا بخمر وقبض الخمر فإن الملك فيه واه لجواز أن يهلك العبد عنده قبل التسليم إليه ، وبالتسليم إليه يتقرر الملك ، وهذا التسليم لايمتنع بالإسلام وإن كان فيه تأكد الملك فى الخمر ، ولو اشترى خمرا وقبضها وبها عيب ثم أسلم سقط خيار الرد وإن كان فى سقوطه تأكد ملك الخمر ، فعلم أن الإسلام لايمنع تأكد الملك (قوله بخلاف المشترى) متصل بقوله يتم بنفس العقد : أى أن الملك

بغير أعيانهما) لأن القبض فيه كالقبض فيما إذا كانا بغير أعيانهما فى إفادة مالم يكن ، والقبض فيما إذا كانا بغير أعيانهما يمنع عن تسليم نفسهما ، فكذلك فيما إذا كانا بأعيانهما كالعقد (وإذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فأبو يوسف يقول : لو كانا مسلمين وقت العقد وجب مهر المثل فكذلك ههنا) ووجه محمد ظاهر . ووجه قول أبى حنيفة (أن الملك فى الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه) ولو هلك هلك على ملكها وكل ماتم بنفس العقد لايحتاج فيه إلى القبض للتملك (وبالقبض ينتقل الملك من ضمان الزوج إلى ضمانها وذلك) أى الانتقال (لايمتنع بالإسلام كاسترداد الخمر المغصوبة) وأما فى الصداق الغير المعين فالعقد فيه لايتم به الملك لأنه يفيد وجوب الدين فى ذمته ، والقبض يوجب ملك العين فتمتنع بالإسلام عن تملك الخمر والخنزير . وقوله (بخلاف المشترى) متصل بقوله إن الملك فى الصداق المعين الخ : يعنى بخلاف ما إذا باع الذمى الخمر أو الخنزير

أقول : يعنى بالقضاء بالإعادة إليه (قال المصنف : فيمتنع بسبب الإسلام كالعقد) أقول : قال ابن الهمام أى كما يمتنع ابتداء التمليك بالعقد وليس يريد كما يمتنع العقد بالإسلام ، فإن العقد عليهما لايمتنع بل يصح ويبطل العوض اهـ. ولعل الأولى أن يقال : أطلق العقد وأراد تسميتها فى العقد كما يمتنع تسميتها فيه حيث لايوجب حكمها ، ووجه الأولوية ظاهر (قوله والقبض فيما إذا كانا بغير أعيانهما يمنع عن تسليم نفسهما فكذلك الخ)

يستفاد بالقبض . وإذا تعذر القبض فى غير المعين لاتجب القيمة فى الخنزير لأنه من ذوات القيم فيكون أخذ قيمته كأخذ عينه ، ولا كذلك الخمر لأنه من ذوات الأمثال ؛ ألا ترى أنه لو جاء بالقيمة قبل الإسلام تجبر على القبول فى الخنزير دون الخمر . ولو طلقها قبل الدخول بها . فمن أوجب مهر المثل أوجب المتعة ، ومن أوجب القيمة أوجب نصفها ، والله أعلم .

فى الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه بالبيع وغيره . وبخلاف المشترى لايتم بنفس العقد ولا يملك التصرف فيه ، والقبض فيه هو المفيد لملك التصرف والإسلام مانع منه . فلذا لو باع الذمى الخمر والخنزير أو اشتراهما ثم أسلم ينفسخ البيع لامتناع إفادة ملك فيهما مع الإسلام . وخص التصرف فى المهر قبل القبض من النهى عن بيع مالم يقبض بالإجماع . وظن بعض الفضلاء أن قوله فى النهاية ولأن ضمان المبيع فى يد البائع ضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكه فقبض المشترى ناقل لضمان الملك وضمان المهر فى يد الزوج ليس ضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكها ينافى قول الهداية وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج إلى ضمانها وهو غلط . وإنما معناه أن بالهلاك فى يد البائع يعود إلى ملكه ، فإذا هلك على ملكه لايضمن لأحد شيئا بل يسقط الثمن . وهذا معنى قولهم يهلك المبيع فى يد البائع بالثمن . وأما هلاك المهر فى يد الزوج فليس هلاك ملكه بل هلاك ملكها فى يده فيضمنه بالقيمة كهلاك المغصوب ، ولهذا صرح فى النهاية به بعد قوله يهلك على ملكها بأن قال : ولهذا وجب لها القيمة (قوله ولو طلقها قبل الدخول بها) فى المعين لها نصفه عند أبى حنيفة ، وفى غير المعين فى الخمر لها نصف القيمة ، وفى الخنزير المتعة . وعند محمد لها نصف القيمة بكل حال لأنه أوجب القيمة فتتنصف . وعند أبى يوسف وهو الموجب لمهر المثل لها المتعة لأن مهر المثل لايتنصف ، والله أعلم .

أو اشترى ثم أسلم قبل القبض فإنه لايجوز له القبض بل ينفسخ العقد لأن المبيع يستفاد ملك التصرف فيه بعد القبض لا قبله والإسلام مانع منه . وقوله (وإذا تعذر القبض فى غير المعين) ظاهر . وقوله (ولو طلقها الخ) يعنى قول أبى حنيفة فى المعين لها نصف العين وفى غير المعين فى الخمر لها نصف القيمة وفى الخنزير لها المتعة لأن مهر المثل لايتنصف بالطلاق قبل الدخول بل فى كل موضع كان الواجب مهر المثل قبل الطلاق فالواجب المتعة بعد الطلاق . وعند أبى يوسف لها المتعة على كل حال ، وعند محمد لها بعد الطلاق نصف القيمة على كل حال .

أقول : لايخفى عليك مافى هذه العبارة ، وكان الأولى أن يقول : والقبض فيما إذا كانا بأعيانهما ممتنع فكذلك الخ (قوله ثم أسلم قبل القبض) أقول : يعنى أسلم البائع أو المشترى (قوله فإنه لايجوز له القبض الخ) أقول : لايترتب لقبض المشترى حكمه وهو الملك ، فإنه إن كان الذى أسلم هو البائع يلزم من ترتبه عليه تمليك الخمر والإسلام مانع وإن كان المشترى يلزم تملكه (قال المصنف : فيكون أخذ قيمته كأخذ عينه) أقول : قال الزيلعى : قال فى الغاية : يرد عليه مالو اشترى ذمى دارا من ذمى بخمر أو خنزير وشفيعها مسلم يأخذها بالشفعة بقيمة الخمر والخنزير فلم يجعل قيمة الخنزير كعينه ولم يجب ثمنه بشىء ، والجواب أن قيمة الخنزير إنما تكون كعينه أن لو كان بدلا عن الخنزير كما فى مسئلة النكاح ، أما إذا كان بدلا عن غيره فلا . وفى مسئلة الشفعة قيمة الخنزير بدل عن الدار المشفوعة ، وإنما صير إليها للتقدير بها لاغير فلا يكون لها حكم عينه اهـ . ولك أن تقول كذلك فيما نحن فيه بدل عن منافع البضع ، وإنما صير إليها التقدير بها فليتأمل . فجوابه يظهر من تقرير قاضيخان فى شرح الجامع الصغير (قال المصنف : ولا كذلك الخمر لأنه من ذوات الأمثال) أقول : قال الإتقانى : ذكر الضمير الراجع إلى الخمر على تأويل الشراب اهـ . وفى القاموس : الخمر ما أسكر من عصير العنب أو عام كالخمرة وقد يذكر .

(باب نكاح الرقيق)

(لايجوز نكاح العبد والأمة إلا بإذن مولاهما) وقال مالك : يجوز للعبد لأنه يملك الطلاق فيملك النكاح . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « أيما عبد تزوّج بغير إذن مولاه فهو عاهر » ولأن فى تنفيذ نكاحهما تعييبهما إذ النكاح عيب فيهما

(باب نكاح الرقيق)

الرقيق : العبد ، ويقال للعبيد .

لما فرغ من نكاح الأحرار المسلمين شرع فى بيان نكاح الأرقاء والإسلام فيهم غالب ، فلذا قدم باب نكاح المسلمين ثم أولاه نكاح الأرقاء ثم أولاه نكاح أهل الشرك . وأما ماتقدم من فصل النصرانى فإنما هو فى المهر من توابع مهور المسلمين والمهر من توابع النكاح فأردفه تتمة له (قوله لايجوز نكاح العبد إلا بإذن سيده) أى لاينفذ فإنه ينعقد موقوفا عندنا وعند مالك ورواية عن أحمد ؛ وما نسبه إلى مالك فى الكتاب وليس مذهبه . وحاصل تقرير وجهه المذكور ملازمة بين الملكين شرعا فقد تبين بأن من ملك رفع شىء ملك وضعه وتمنع بملك رفع الضرر عن النفس ولا يملك إثباته شرعا على نفسه ولذا ملك التطبب ولم يملك أكل السم وإدخال المؤذى على البدن . والأوجه بيانها بأن ملكه الطلاق لأنه من خواص الآدمية فكذا النكاح . ويجاب بما سنذكره والحديث الذى ذكره وهو قوله صلى الله عليه وسلم « أيما عبد تزوّج بغير إذن مولاه فهو عاهر » رواه أبو داود والترمذى من حديث جابر وقال : حديث حسن . والعاهر الزانى . وفى الحديث أيضا فى السنن عن ابن عمر عنه صلى الله عليه وسلم قال « إذا نكح العبد بغير إذن مولاه فنكاحه باطل » (ولأن فى تنفيذ نكاحهما تعييبهما) أما فى العبد فتشتغل ماليته بالمهر والنفقة ، وأما فى الأمة فلحرمة الاستمتاع بها عليه بالنكاح ، وهذا تصرف فى ماله بالإفساد فلا ينفذ إلا برضاه . وبهذا يجاب عن المنسوب إلى مالك من قوله يملك الطلاق فيملك النكاح ، فالطلاق إزالة عيب عن نفسه ، بخلاف النكاح . لايقال : يصح الإقرار من العبد على نفسه بالحد والقصاص مع

(باب نكاح الرقيق)

لما فرغ من بيان نكاح من له أهلية النكاح من غير توقف من المسلمين وغيرهم شرع فى بيان نكاح من ليس له ذلك وهو الرقيق ، والرقيق المملوك يطلق على الواحد والجمع (لايجوز نكاح العبد والأمة إلا بإذن مولاهما) أما الأمة فظاهر لأن منافع بضعها ملك المولى فلا يصح العقد عليها بدون إذنه ، وأما العبد ففيه خلاف مالك فإنه يجوز نكاحه بدون إذنه لأنه يملك الطلاق وهو ظاهر ، وكل من يملك الطلاق يملك النكاح لأن الطلاق بسبب النكاح ، ومن ملك شيئا ملك سببه الموصل إليه (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر ») رواه أبو داود وأخرجه الترمذى وقال : هذا حديث حسن ولأن فى تنفيذ نكاحهما تعييبهما إذ النكاح عيب فيهما) ولهذا إذا اشترى عبدا أو أمة فظهر مزوّجا جاز له أن يردّه وليس لهما تعييب أنفسهما رعاية لحق المولى

(باب نكاح الرقيق)

(قوله لما فرغ من بيان نكاح من له أهلية النكاح ، إلى قوله : وغيرهم الخ) أقول : فيه أن نكاح غيرهم سيجىء فى باب على حدة ، وماذكر قبل هذا مما يتعلق بمهر الكفار كان على سبيل الاستطراد (قوله أما الأمة فظاهر لأن منافع بضعها ملك المولى الخ) أقول : قد سبق

فلا يملكانه بدون إذن مولاهما (وكذا المكاتب) لأن الكتابة أوجبت فك الحجر فى حق الكسب فيبقى فى حق النكاح على حكم الرق. ولهذا لايملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج أمته لأنه من باب الاكتساب، وكذا المكاتبة لاتملك تزويج نفسها بدون إذن المولى وتملك تزويج أمتها لما بينا (و) كذا (المدبر وأم الولد) لأن الملك فيهما قائم؛

أن فيه إهلاكه فضلا عن تعييبه. لأنا نقول: هو لايدخل تحت ملكه فيما يتعلق به خطاب الشرع أمرا ونهيا كالصلاة والغسل والصوم والزنا والشرب وغيرها إلا فيما علم إسقاط الشارع إياه عنه كالجمعة والحج. ثم هذه الأحكام تجب جزاء على ارتكاب المحظور شرعا فقد أخرجه عن ملكه فى ذلك الذى أدخله فيه باعتبار غير ذلك وهو الشارع زجرا عن الفساد وأعاظم العيوب (وكذا المكاتب) ليس له أن يتزوج إلا بإذن المولى (لأن الكتابة) إنما (أوجبت فك الحجر) فى التصرف الاكتسابى فيبقى فيما سواه على حكم الرق (ولا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج أمته لأنه من باب الاكتساب) بتحصيل المهر والنفقة للمولى والولد العبد ولكونه من باب الاكتساب ملك الأب والجد والقاضى والوصى والشريك المفاوض تزويج الأمة لا العبد لأنه تنقيص للمالية، وأما شريك العنان والمضارب والعبد المأذون فليس لهم تزويج الأمة عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف رحمه الله: يملكون، وإنما لم يجز تزويج المكاتبة نفسها لما نذكره (قوله وكذا المكاتبة لاتملك تزويج نفسها بغير إذن المولى وتملك تزويج أمتها لما بينا) من بقاء ذات المكاتب على الرد والاكتساب الذى أوجبت الكتابة إطلاقه له ما لا يوجب خللا فى ذاته المملوكة، والاكتساب بالنكاح إنما يكون بتمليك جزء منها لغير السيد، إذ بدل منفعة البضع فى حكم بدل جزء من العين كالأرش، ولأن هذه المنفعة لايزول ملكها بعد صحته إلا باختيار الزوج والكتابة ليست على يقين من استمرار فك الحجر فيها وإفضائها إلى زوال ملك الرقبة لجواز التعجيز والرد إلى الرق فترد مملوكة البضع للغير ممتنع على السيد ولم يشرع عقد الكتابة على وجه يعود ضرره على السيد (قوله وكذا المدبر) والمدبرة لاينفذ نكاحهما إلا بإذن المولى، وكذا ابن أم الولد: يعنى لو زوج أم ولده فجاءت بولد من الزوج فإن حكمه حكم أمه فالرق فيه قائم فلا يملك تزويج نفسه، وأما معتق البعض فلا يجوز نكاحه عند أبى حنيفة رحمه الله لأنه كالمكاتب، وعندهما يجوز لأنه حر مديون.

[فرع مهم للتجار] ربما يدفع لعبده جارية يتسرى بها ولا يجوز للعبد أن يتسرى أصلا أذن له مولاه أو لم يأذن، لأن حل الوطء لايثبت شرعا إلا بملك اليمين أو عقد النكاح وليس للعبد ملك يمين فانحصر حل وطئه فى عقد النكاح

(فلا يملكانه بدون إذنه) وفى هذا التعليل جواب لمالك، فإن الطلاق إزالة العيب، ولا يلزم من جواز إزالة العيب جواز تعييبهما أنفسهما. واستشكل بجواز إقراره بالحدود والقصاص، فإن وجوب قطع اليد فى السرقة ووجوب القصاص عيب فيهما على قولهما، وأما على قول أبى حنيفة فبمنزلة الاستحقاق وهو أيضا أقوى العيوب فكيف جاز ذلك؟ وأجيب بأن الرقيق فى حقوق الله باق على حريته والرق لايؤثر فيها، فإن لزم من ذلك تعييب فهو ضمنى لا معتبر به وموضعه الأصول. وقوله (وكذا المكاتب) ظاهر. وقوله (لما بينا) يعنى قوله

من الشارح فى باب المحرمات أن السيدة تملك منافع بضع عبدها فما وجه الاقتصار على الأمة هنا (قوله وأما على قول أبى حنيفة فبمنزلة الاستحقاق هو أيضا أقوى العيوب الخ) أقول: تفصيله فى باب خيار العيب

(وإذا تزوّج العبد بإذن مولاه فالمهر دين فى رقبته يباع فيه) لأن هذا دين وجب فى رقبة العبد لوجود سببه من أهله وقد ظهر فى حق المولى لصدور الإذن من جهته فيتعلق برقبته دفعا للمضرة عن أصحاب الديون كما فى دين التجارة (والمدبر والمكاتب يسعيان فى المهر ولا يباعان فيه) لأنهما لايحتملان النقل من ملك إلى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدى من كسبهما لامن نفسهما (وإذا تزوّج العبد بغير إذن مولاه فقال المولى طلقها أو فارقها فليس هذا بإجازة) لأنه يحتمل الرد لأن رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة

(قوله وإذا تزوّج العبد بإذن مولاه فالمهر دين فى رقبته يباع فيه) بخلاف ما إذا تزوّج بغير إذنه فدخل بها . ثم فرق بينهما فإنه لامهر عليه حتى يعتق لأنه لم يظهر فى حق المولى لعدم الإذن فيه . وقوله يباع فيه : إن لم يفـده المولى . وتقريره أنه دين وجب فى رقبته وكل دين كذلك يباع فيه . أما وجوبه فالمقتضى وهو وجود السبب من أهله وانتفاء المانع وهو حق المولى للإذن . وأما كونه فى رقبته فلإذن السيد ولدفع المضرة عن أرباب الديون : يعنى النساء فيباع فيه كما يباع فى ديون التجارة . والحاصل أن الدين إنما يثبت فى الذمة وثبوته فيها لايتوقف على إذنه . فإنه لو باشر إتلافا ونحوه ترتب فى ذمته فحين أذن ظهر الدين فى حقه ثم العبد نفسه مال فكان لهم أن يقتضوا من نفسه فعلى هذا يكون الإذن دفع المانع من الاقتضاء من نفس العبد ، غير أنه إن فداه المولى حصل المقصود والمقتضى لذلك دفع المضرة عن أرباب الديون . وإذا بيع فلم يف ثمنه بالمهر لايباع ثانيا ويطالب بالباقى بعد العتق ، وفى دين النفقة يباع مرة بعد أخرى لأنها تجب شيئا فشيئا . وإذا مات العبد سقط المهر والنفقة ، ذكره التمرتاشى . وإذا زوّج عبده من أمته لايجب عليه مهر لها ولا للسيد ، ومنهم من قال يجب ثم يسقط لأن وجوبه لحق الشرع . والأوّلون يقولون : لا فائدة لهذا الوجوب لأنه لو وجب لوجب فى ماليته وهى للمولى (قوله والمدبر والمكاتب يسعيان) إذا أذن لهما المولى فتزوّجا ثم امتنع عن الأداء عنهما يسعيان (لأنهما لايحتملان النقل من ملك إلى ملك) وكذا معتق البعض وابن أم الولد فيؤدى من كسبهما لا من نفسهما إلا إن عجز المكاتب فردّ فى الرق فإنه حينئذ يباع فى المهر (قوله وإذا تزوّج العبد بغير إذن مولاه فقال له طلقها أو فارقها فليس ذلك بإجازة) تزويج العبد نفسه بلا إذن عقد فضولى فى الجملة فيتوقف نفاذه على إذن المولى ، وإذنه يثبت تارة صريحا

لأنه من باب الاكتساب . وقوله (فالمهر دين فى رقبته يباع فيه) لما عرف فى الأصول أن ذمته قد ضعفت بالرق فيضم إليها مالية الرقبة . واستدل المصنف بقوله (لأن هذا دين وجب فى رقبته) وهو دليل قوله يباع فيه دون ماقبله لئلا يلزم المصادرة على المطلوب . وتقريره : هذا دين وجب فى الرقبة ، وكل دين وجب فى الرقبة تباع الرقبة فيه . أما أنه وجب فلتحقق المقتضى وهو وجود السبب من أهله وانتفاء المانع وهو حق المولى لصدور الإذن من جهته ، وأما أنه وجب فى الرقبة فلدفع المضرة عن أصحاب الديون كما فى دين التجارة فتباع الرقبة فى المهر كما تباع فيه . وقوله[١] (دفعا للمضرة عن أصحاب الديون) يعنى النساء . وقوله (فليس هذا بإجازة ، لأنه) أى قوله طلقها أو فارقها (يحتمل الرد لأن رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة) ألا ترى أنه لو قال فى النكاح الفاسد طلقتك

---

[١] له وهو دليل قوله يباع فيه دون ماقبله لئلا يلزم المصادرة على المطلوب إلى آخر قوله : وتقريره) أقول : لايخفى عليك أن قوله فيتعلق ته فى معرض النتيجة يأبى عما ذكره كل الإباء ولايصلحه ماذكره ، والأولى أن يقال : أراد بالرقبة ذمة العبد مجازا فلا يلزم المصادرة يستقيم الكلام ، وسيجىء من الشارح تفسير الذمة بالرقبة فى باب نكاح أهل الشرك .

وهو أليق بحال العبد المتمرد أو هو أدنى فكان الحمل عليه أولى (وإن قال : طلقها تطليقة تملك الرجعة فهو إجازة) لأن الطلاق الرجعي لايكون إلا فى نكاح صحيح فتتعين الإجازة

وطورا دلالة ، فالصريح مثل أن يقول رضيت أو أجزت أو أذنت ، والدلالة أن يسوق إليها المهر أو بعضه ، وسكوته لايكون إجازة وثم ألفاظ اختلف فيها وألفاظ لم يختلف فى عدم اعتبارها ؛ فمثل قوله هذا حسن أو صواب أو نعم ماصنعت أو بارك الله لك فيها أو أحسنت أو أصبت أو لا بأس بها اختلف فيها . قال الفقيه أبو القاسم : ليس شىء منها إجازة . واختيار الفقيه أبى الليث وبه كان يفتى الصدر الشهيد أنه إجازة مالم يعلم أنه قاله استهزاء . إذا عرف هذا فمسئلة الكتاب وهو ما إذا قال طلقها لا شك أن مقتضى حقيقة اللفظ فيها الإجازة لأن الطلاق الصحيح فرع وجود النكاح الصحيح ، لكن قد صرف عن مقتضاه بالنظر إلى حال العبد . وذلك أن افتيات العبد على سيده تمرد بمباشرة سبب تعييبه عليه يستوجب به زجره وبه فارق الفضولى المحض فإنه معين والإعانة تنهض سببا لإمضاء تصرفه وعدم إلغائه ، ولذا لو قال للفضولى طلقها كان إجازة على ماهو الأوجه ، وإن قلنا أول المسئلة فى العبد أنه فضولى فى الجملة ، وإذا كان حال العبد ذلك فإذا كان لفظ السيد له عند علمه بما صنع يحتمل الرد والإجازة لاستعماله فيهما كان بملاحظة حال العبد ظاهرا فى قصد الرد مالم يعلم قصد الإجارة لظاهر يقترن به أو نص آخر مثل أن يقول طلقها تطليقة تملك عليها الرجعة أو أوقع عليها الطلاق لأن الإيقاع والطلاق الذى يملك الرجعة بعده لايقالان للمتاركة ولا فى قصد الاستهزاء فيفيد قصد حقيقته ، بخلاف قوله طلقها فإنه لايقال لمتاركة العقد الفاسد طلاق مجازا فصلحت هذه المسئلة متمسكا لأبى القاسم ومن قال بقوله . والجواب أن لفظ الطلاق المجرد يستعمل كثيرا فى المتاركة فى العقد الفاسد فكان ذكره ذكر لفظ مشترك من حيث الاستعمال بين الإجازة والرد ، بخلاف ماتقدم من نحو أحسنت الخ فإنه لم يستعمل للأمرين على السواء بل الظاهر منه الإجازة وحمله على الرد لايتحقق إلا بواسطة جعله استهزاء ، وهو وإن كان النظر إلى حال العبد لاينافيه لكن ظاهر حال العاقل المسلم ينفيه لأن حقيقته فعل الجاهلين ، ولذا قال موسى عليه السلام فى جواب قولهم - أتتخذنا هزوا - أعوذ بالله أن أكون من الجاهلين - فتعارض الظاهران وبقى نفس اللفظ بمفهومه يفيد الإجازة بلامعارض ، بخلاف مسئلة الكتاب فإن نفس اللفظ يقال للرد كما يقال لحقيقة الطلاق المستعقب لصحة النكاح ، ولذا لم يستعمل المقيد : أعنى قوله طلقها تطليقة تملك الرجعة عليها أو أوقع عليها الطلاق فى المتاركة جعل إجازة فوجب ترجيح قول الفقيه ومن معه مالم يعلم قصد الاستهزاء ، لكن المصنف لما لم يوجبه إلا بأن الطلاق الرجعى لايكون إلا فى نكاح صحيح أفاد أنه يثبت اقتضاء فورد عليه طلب الفرق بينه وبين مالو قال لعبده كفر عن يمينك بالمال أو تزوج

كان متاركة ، وإذا احتمل الأمرين رجحنا جهة المتاركة لأنه أليق بحال العبد المتمرد . وقوله (أو هو) أى الرد (أدنى) لأنه دفع والطلاق رفع ، والدفع أسهل من الرفع (فكان الحمل عليه أولى) . فإن قيل : قوله طلقها حقيقة فى إيقاع الطلاق المعروف ومجاز فى المتاركة والعمل بالحقيقة ممكن فكيف صير إلى المجاز . أجيب بأن الحقيقة قد تترك بدلالة الحال وهذا كذلك وهى الافتيات على رأى المولى (وإن قال طلقها تطليقة) رجعية أو تطليقة (تملك الرجعة فهذا إجازة لأن الطلاق الرجعى لايكون إلا فى نكاح صحيح فتتعين الإجازة) فإن قيل : إذا قال المولى لعبده كفر يمينك بالمال أو تزوج أربعا من النساء لايثبت به العتق وإن كان التكفير بالمال وتزوج الأربع من النساء لايكون إلا بعد الحرية . أجيب بأن ما كان أصلا فى إثبات الأهلية للتصرفات الشرعية لايثبت اقتضاء

(ومن قال لعبده تزوّج هذه الأمة فتزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها فإنه يباع فى المهر عند أبى حنيفة ، وقالا : يؤخذ منه إذا عتق) وأصله أن الإذن بالنكاح ينتظم الفاسد والجائز عنده ، فيكون هذا المهر ظاهرا فى حق المولى

أربعا لايعتق مع أن كلا منهما لايكون إلا بعد الحرية . وأجيب بأن إثبات الشرائط التى هى أصول لاتكون بطريق الاقتضاء كالحرية والأهلية للمتحقق بالرق وليس مانحن فيه كذلك لأن النكاح ثابت للعبد بطريق الأصالة لثبوته تبعا للآدمية والعقل ، وإنما توقف لاستلزامه تغييب مال الغير ، فقوله طلقها رجعيا يتضمن رفع المانع اقتضاء لا إثبات ملك النكاح بطريق الأصالة ، والمملوكية شرط العتق . وقوله أعتق عبدك عنى بألف يثبت به تحويل المملوكية إليه لا أصلها فى العبد ، ومملوكيته فى العبد أمر زائد على مملوكيته . وعلى تقريرنا لايحتاج إلى تكلف هذا السؤال وجوابه . ولو أذن له السيد بعد ماتزوّج لايكون إجازة ، فإن أجاز العبد ماصنع جاز استحسانا كالفضولى إذا وكل فأجاز ماصنعه قبل الوكالة وكالعبد إذا زوّجه فضولى فأذن له مولاه فى التزوّج فأجاز ماصنعه الفضولى . ولو باع السيد العبد بعد أن باشر بلا إذن فللمشترى الإجازة . وقال زفر : يبطل ، وكذا لو مات السيد فورث العبد توقف على إجازة الوارث ، أما إذا كانت أمة فتزوّجت بلا إذن ثم مات المولى فورثها من يحل له وطؤها بطل لطريان الحل النافذ على الموقوف ، وإن ورثها من لايحل له وطؤها كأن ورثها جماعة أو امرأة أو ابن المولى وقد كان الأب وطئها توقف على إجازة الوارث . وعلى هذا قالوا فى أمة تزوّجت بغير إذن مولاها فوطئها الزوج فباعها المولى للمشترى الإجازة لأنه لايحل له وطؤها لأن وطء الزوج يحرمها لأنها صارت معتدّة ، فإذا حاضت بطل العقد لحلها للمشترى ، ولو كان الزوج لم يطأها بطل العقد بمجرد الشراء لطريان الحل الباتّ على الموقوف . وقال زفر : يبطل بالموت وبالبيع . وأصله أن الموقوف على إجازة إنسان يحتمل الإجازة من غيره ، وعنده لا لأنه إنما كان موقوفا على الأول فلا يفيد من الثانى . قلنا : إنما يتوقف على الأول لأن الملك له لا لأنه هو والثانى مثله فى ذلك ، فالحاصل أنه دائر مع الملك فينتقل بانتقاله (قوله تزوّج هذه الأمة) التقييد بالأمة والإشارة اتفاق ، فإن الحكم المذكور جار فى الحرة وغير المعينة (قوله وأصله) أى أصل الخلاف الاختلاف فى أن الإذن للعبد بالنكاح ينتظم الصحيح والفاسد عنده ، وعندهما يخص الصحيح والاتفاق على أن الإذن بالبيع يعمّ الصحيح والفاسد ، وعلى أن التوكيل بالنكاح يختص بالصحيح فألحقاه بالتوكيل بالنكاح لأن علة الأصل تحصيل المقاصد فى المستقبل من الإعفاف وغيره وذلك بالصحيح ، ولهذا لو حلف لايتزوّج ينصرف إلى الجائز فلا يحنث بالفاسد لأن المراد فى المستقبل الحلف على الإعفاف وذلك بالصحيح ، بخلاف مالو حلف ماتزوّجت حيث يحنث بالفاسد لأن المراد فى الماضى العقد ، وألحقه بالبيع بجامع أن بعض المقاصد حاصل من ثبوت النسب والعدة والنفقة ، وذلك يكفى لتصحيح التعميم وإجراء اللفظ على إطلاقه ، فينبنى على هذا أنه يباع فى المهر فى الفاسد إذا دخل

كالإيمان فى خطاب الكفار بالشرائع كما عرف فى الأصول وفى إثبات الإعتاق ذلك ، بخلاف مانحن فيه فإن النكاح ليس بأصل فى إثبات الأهلية له . وقوله (ومن قال لعبده تزوّج هذه الأمة) صورة المسئلة والأصل المذكور ظاهران ، وتقييده بالإشارة والأمة اتفاق . فإن الحكم فى غير المعينة وفى غير الإماء كذلك ، وينبنى على هذا الأصل المذكور حكمان : أحدهما ماذكره أنه يباع فى المهر عنده ولا يباع عندهما . والثانى أنه إذا تزوّجها بوصف الصحة بعد ذلك لايصح عند أبى حنيفة لانتهاء الإذن بالعقد الأوّل ، ويصح عندهما . ووجهه من الجانبين على الوجه المذكور فى الكتاب ظاهر . وإنما قيد بالمستقبل : لأنه لو حلف ماتزوّج امرأة فى الماضى وكان تزوّج

وعندهما ينصرف إلى الجائز لاغير فلا يكون ظاهرا فى حق المولى فيؤاخذ به بعد العتاق. لهما أن المقصود من النكاح فى المستقبل الإعفاف والتحصين وذلك بالجائز ، ولهذا لو حلف لايتزوج ينصرف إلى الجائز . بخلاف البيع لأن بعض المقاصد حاصل وهو ملك التصرفات . وله أن اللفظ مطلق فيجرى على إطلاقه كما فى البيع. وبعض المقاصد فى النكاح الفاسد حاصل كالنسب ، ووجوب المهر والعدة على اعتبار وجود الوطء . ومسئلة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة (ومن زوج عبدا مأذونا له مديونا امرأة جاز ، والمرأة أسوة للغرماء فى مهرها) ومعناه إذا كان النكاح بمهر المثل. ووجهه أن سبب ولاية المولى ملكه الرقبة على ماذكره، والنكاح لايلاقى حق الغرماء

بها فيه عنده ، وعندهما لا ، وأنه لايجوز له تزوج أخرى بعقد صحيح عنده لانتهاء الإذن بالفاسد وعندهما له ذلك لأن الإذن لم ينته به (قوله ومسئلة اليمين على هذه الطريقة) أى طريقة إجراء اللفظ على عمومه (ممنوعة) والطريقة الأخرى أن العبد فى النكاح مبقى على الحرية لأنه من خواص الآدمية ، والحاجة إلى إذن السيد ليثبت المهر فى رقبته ليس غير ، فكأنه قال له إذ قال تزوج اشغل رقبتك بمهر ، وهذا يتحقق بمهر مثل فى نكاح فاسد وبغيره ، وليست هذه الطريقة صحيحة لما سيذكر من ملك السيد إنكاحه وعدم ملكه طلاقه واستقلال العبد بملكه لدفع الضرر عن نفسه لأنه قد يعجز عن الإمساك بالمعروف لتباين الأخلاق وغير ذلك، فالمعول عليه طريقة الإطلاق . ويجاب عن مسئلة اليمين بأن الأيمان مبنية على العرف، والعرف فيه الحلف على التزويج الذى هو طريق الإعفاف والتحصين وهو الصحيح : لا الإعفاف بالفعل فبطل مايقال الإعفاف باطنى لايوقف عليه فلا يلزم الصحيح ليظهر كون الحلف عليه ، والله أعلم .

[فروع] الأول : تزوج العبد بلا إذن فطلقها ثلاثا ثم أذن له السيد فجدد عليها جاز بلا كراهة عند أبى حنيفة ومحمد ، ومع الكراهة عند أبى يوسف . الثانى : زوج بنته من مكاتبه ثم مات الأب لايفسد النكاح عندنا إلا إن عجز ورد فى الرق . وعند الشافعى يفسد للحال لملك زوجته شيئا منه ولذا يصح إعتاقها إياه وبدل الكتابة لها . وقلنا : لم تملكه لأن المكاتب لايحتمل النقل من ملك إلى ملك مالم يعجز ، وعند ذلك قلنا بفساد النكاح ، وإنما ملكت ما فى ذمته من بدل الكتابة ، وأما العتق فيه يبرأ عن بدل الكتابة أولا ثم يعتق . الثالث : إذا غر عبد بحرية أمة فتزوجها على أنها حرة فولدت فالولد عبد عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وعند محمد حر بالقيمة كالمغرور الحر (قوله ومن زوج عبدا مأذونا له مديونا امرأة جاز والمرأة أسوة للغرماء) إذا كان النكاح بمهر المثل

صحيحا أو فاسدا حنث فى يمينه، كذا فى المبسوط . وقوله (كما فى البيع) يعنى أنه إذا أمره بالبيع مطلقا يتناول الجائز والفاسد . وقوله (على هذه الطريقة) يريد طريقة إجراء اللفظ المطلق على إطلاقه ، ولئن كان قول الكل فالعذر لأبى حنيفة أن مبنى الإيمان على العرف (ومن زوج عبدا مأذونا له مديونا امرأة جاز ، والمرأة أسوة للغرماء) إذا كان النكاح بمهر المثل لما ذكر بقوله (ووجهه) وتقريره لأن المقتضى موجود وهو ولاية المولى لتحقق سببها وهو ملك الرقبة والمانع وهو ملاقاة النكاح حق الغرماء مقصودا بالإبطال منتف . وإذا تحقق المقتضى وانتفى

(قوله أن مبنى الأيمان على العرف) أقول : قد سبق فى فصل الوكالة بالنكاح أن العرف العملى لايصلح مقيدا اللفظ (قال المصنف : والمرأة أسوة للغرماء) أقول : فى القاموس الإسوة بالكسر وتضم : القدوة وما يأتسى به الحزين الجمع أسى بالكسر ويضم اه . وأنت خبير بأن هذا المعنى لايناسب المقام ، فإن المرأة تأخذ معهم لاقبلهم (قوله وتقريره لأن المقتضى موجود وهو ولاية المولى الخ) أقول : فيه مسامحة .

بالإبطال مقصودا ، إلا أنه إذا صح النكاح وجب الدين بسبب لامرد له فشابه دين الاستهلاك وصار كالمريض المديون إذا تزوج امرأة فيمهر مثلها أسوة للغرماء (ومن زوج أمته فليس عليه أن يبوئها بيت الزوج لكنها تخدم المولى، ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئها) لأن حق المولى فى الاستخدام باق والتبوئة إبطال له (فإن بوأها

أو أقل ، فلو زوجه منها بأكثر طولب بالزيادة بعد استيفاء الغرماء كدين الصحة مع دين المرض ، وهذا الوجود المقتضى وهو ملك الرقبة وانتفاء المانع ، وما يخال من أنه إبطال لحق الغرماء فى قدر المهر ليس به لأن النكاح لايلاقى حق الغرماء بالإبطال مقصودا ، بل وضعه لقصد حل البضع بالملك ثم يثبت المهر حكما له بسبب لامرد له وهو صحة النكاح لصدوره من الأهل فى المحل ثم يلزمه بطلان حقهم فى مقداره إذا كان مهر مثلها أو أقل لخصوص أمر واقع فهو لازم اللازم باتفاق الحال لا فى نفس الأمر فكان ضمنيا فلا يعتبر فى إثباته ونفيه الإحال المتضمن له لا حاله ، وصار كالمريض المديون إذا تزوج امرأة صح وكانت أسوة غرماء الصحة لما ذكرنا (قوله ومن زوج أمته فليس عليه أن يبوئها) وكذا إذا زوج أم ولده ومدبرته وإن شرط الزوج التبوئة لأنه شرط لايقتضيه العقد على الأمة غير أن النكاح لايبطل بالشرط الفاسد . ومعنى التبوئة أن يدفعها للزوج ولايستخدمها ، فلوكانت تذهب وتجىء وتخدم المولى لايكون تبوئة . وعند الشافعى وأحمد يستخدمها نهارا ويسلمها للزوج ليلا . وعند مالك يسلمه للزوج ليلة بعد ثلاث . قلنا : ملك السيد ثابت فى الرقبة ليلا ونهارا وفيا بعد الثلاث والتبوئة إبطال له فيكون إبطال الحق الأعلى بالأدنى وإقدام السيد على العقد لايستلزم رضاه بالتبوئة بل بمجرد إطلاق وطئه إياها متى ظفر بها يتوفر مقتضاه ، وهذا القدر ثابت ، فإثبات القسم كذلك إثبات بلا دليل . لايقال : لما ملك منافع بضعها لزمها تسليمها . لأنا نقول : التسليم بالتخلية والتبوئة أمر زائد عليها والنفقة على المولى مالم يبوئها ، وإذا بوأها ثم بدا له أن يردها إلى خدمته كان له ذلك ، وكلما بوأها وجبت نفقتها على الزوج ، وكلما أعادها سقطت . فإن قلت : ما الفرق بين أن يشترط الزوج التبوئة فيزوجه السيد على هذا الشرط ولا يلزم المولى التبوئة وبين أن يشترط الحر المتزوج بأمة رجل حرية أولاده حيث يلزم فى هذه الحالة وتثبت حرية ما يأتى من الأولاد ، وهذا أيضا شرط لايقتضيه نكاح الأمة . فالجواب أن قبول المولى الشرط والتزويج على اعتباره هو معنى تعليق الحرية بالولادة

المانع ثبت الحكم البتة ، وإنما قال مقصودا لأن المانعية إنما تتحقق بذلك، وأما إذا كان ضمنيا فلا معتبر به وههنا كذلك لأن محلية النكاح بالآدمية وحق الغرماء لا يلاقيها ، لكن إذا صح النكاح بولاية المولى تحصينا لملكه وجب الدين بسبب لامرد له لعدم انفكاك النكاح عن ثبوت المال فكان كدين الاستهلاك (وصار كالمريض المديون إذا تزوج امرأة فبمهر مثلها أسوة للغرماء) وإذا كان أكثر منه فلا تساويهم بل يؤخر إلى استيفائهم حقهم كدين الصحة مع دين المرض . قال (ومن زوج أمته) بوأت للرجل منزلا وبوأته منزلا : أى هيئته ومكنت له فيه . ومن زوج أمته(فليس عليه أن يبوئها) أى يهيئ لها بيتا للزوج يبيت إليها (لكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئها) وإنما يقال ذلك لتحقق التسليم وكلامه واضح . وحاصله أن حق المولى ثابت فى الرقبة والمنافع سوى منفعة البضع وحق الزوج إنما هو فيها ، ولا يلزم إبطال الكثير للقليل مع إمكان تحصيله من

إذ المقتضى هو التزويج بولاية المولى ، وولاية المولى مصححة للتزويج ، لكن المراد مقتضى صحة النكاح (قوله لأن محلية النكاح بالآدمية) أقول : لابالمالية (قوله وحق الغرماء لايلاقيها) أقول : وإنما يلاقى المالية (قوله بل يؤخر) أقول : أى الزائد .

معه بيتا فلها النفقة والسكنى وإلا فلا) لأن النفقة تقابل الاحتباس ، ولو بوّأها بيتا ثم بدا له أن يستخدمها له ذلك لأن الحق باق لبقاء الملك فلا يسقط بالتبوئة كما لا يسقط بالنكاح قال (ذكر تزويج المولى عبده وأمته ولم يذكر رضاهما) وهذا يرجع إلى مذهبنا أن للمولى إجبارهما على النكاح . وعند الشافعي لا إجبار فى العبد وهو رواية عن أبى حنيفة لأن النكاح من خصائص الآدمية والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث أنه مال فلا يملك

وتعليق ذلك صحيح ، وعند وجود التعليق فيما يصح يمتنع الرجوع عن مقتضاه فتثبت الحرية عند الولادة جبرا من غير اختيار ، بخلاف اشتراط التبوئة فإن بتعليقها لا تقع هى عند ثبوت الشرط بل يتوقف وجودها على فعل حسى اختيارى من فاعل مختار فإذا امتنع لم توجد . فالحاصل أن المعلق هنا وعد يجب الإيفاء به ، غير أنه إن لم يف به لم يثبت متعلقه : أعنى نفس الموعود به . ولو طلقها بائنا وهى مبوأة تجب لها نفقة العدة . ولو لم تكن مبوأة من الابتداء أو طلقها بعد رجوع السيد إلى استخدامها لا تجب . والمكاتبة كالحرة لزوال يد المولى وهى فى يد نفسها فلها النفقة إذا لم تحبس نفسها ظلما . ولو جاءت الأمة بولد فنفقته على مولى الأمة لأنه ملكه لا على الأب (قوله قال) أى صاحب الهداية (ذكر) أى محمد (تزويج المولى عبده وأمته ولم يذكر رضاهما) أى لم يشترطه (وهذا يرجع إلى مذهبنا) لأن المذهب (أن للمولى إجبارهما) أى أن يعقد لهما فينفذ عليهما علما ورضيا أولا كإجبار الولى الصغيرة على ماسلف (وعند الشافعى لا إجبار فى العبد) بل فى الأمة (وهو رواية) ذكرها (عن أبى حنيفة) صاحب الإيضاح والطحاوى عن أبى يوسف . وجعلها الوبرى رواية شاذة للشافعى وجهان : أحدهما أن مايتناوله النكاح لا يملكه المولى فعقده تصرف فيما لا يملكه فانتفى كالأجنبى وكتزويجه مكاتبه ومكاتبته ، بخلاف أمته يملك ما يتناوله فيملك تمليكه . ثانيهما أنه لا يفيد إذ للعبد التطليق فى الحال فلا يحصل المقصود ، ونحن نقول مناط نفاذ إنكاحه عليه ملكه له المقتضى لتمكنه من إصلاحه ودفع أسباب الهلاك والنقصان عنه وهو تزويجه ذلك لأنه طريق تحصينه عن الزنا الذى هو طريق الهلاك أو النقصان به أو فى ماليته لتعيبه . وأما جعل مناطه ملك مايتناوله النكاح وأنها علة مساوية ينتفى بانتفائها الحكم فباطل لأنها منتقضة طردا فى الزوج يملك مايتناوله النكاح من زوجته ولا يملك تمليكه وعكسا بالولى لا يملكه من موليته ويملك تزويجها . وأما نفى الفائدة فظاهر الانتفاء ، بل الظاهر عدم مبادرته للطلاق من وجهين : أحدهما أن عقد النكاح مما ترغب فيه النفس غالبا وتدعو إليه فالظاهر عدم طلب قطعه . والثانى أن حشمة السيد فى قلب عبده مانعة من اجترائه عليه بالمبادرة إلى نقض مافعله . فكان الظاهر وجود الفائدة لا نفيها . وأما إلحاقه بالمكاتب والمكاتبة فمع الفارق لأنهما التحقا بالأحرار فى التصرفات فلا ينفذ تصرفه عليهما إلا برضاهما وعن هذا استطرقت مسئلة نقلت من المحيط هى أن المولى إذا زوّج

غير إبطال الكثير فله أن يبوّئها وأن لا يبوّئها وأن يستخدمها بعد التبوئة . لكنه يسقط نفقتها لما أشار إليه بقوله (لأن النفقة تقابل الاحتباس) . فإن قيل : انتفاء الاحتباس إنما هو لبقاء حق المولى فى الاستخدام ومثل ذلك لا يسقط النفقة كالحرة إذا حبست نفسها عنه لاستيفاء الصداق . أجيب بأن الحرة إذا حبست نفسها لذلك فالتفويت من قبل الزوج بامتناع إيفاء ما التزمه ، وههنا ليس من جهة الزوج بل من جهة من له الحق وهو المولى ، فكانت كالمحبوسة بالدين لا نفقة لها ، فإن بوأها معه بيتا فولدت من الزوج لم يكن عليه نفقة الولد لأنه مملوك لمولاها ونفقة المملوك على المالك . قوله (ذكر تزويج المولى) يعنى ذكر محمد فى الجامع الصغير تزويج المولى (عبده وأمته ولم يذكر رضاهما وهذا راجع إلى مذهبنا أن للمولى إجبارهما على النكاح) ومعنى الإجبار أن المولى لو باشر النكاح بدون

إنكاحه ، بخلاف الأمة لأنه مالك منافع بضعها فيملك تمليكها. ولنا أن الإنكاح إصلاح ملكه لأن فيه تحصينه عن الزنا الذى هو سبب الهلاك أو النقصان فيملكه اعتبارا بالأمة ، بخلاف المكاتب والمكاتبة لأنهما التحقا بالأحرار تصرفا فيشترط رضاهما . قال (ومن زوّج أمته ثم قتلها قبل أن يدخل بها زوجها فلا مهر لها عند أبي حنيفة ، وقالا :

مكاتبته الصغيرة توقف النكاح على إجازتها لأنها ملحقة بالبالغة فيما ينبنى على الكتابة ، ثم إنها لو لم ترد حتى أدت فعتقت بقى النكاح موقوفا على إجازة المولى لا على إجازتها لأنها بعد العتق لم تبق مكاتبة وهى صغيرة والصغيرة ليست من أهل الإجازة ، فاعتبر التوقف على إجازتها فى حال رقها ولم يعتبر بعد العتق ، هكذا توارد ها الشارحون. والذى يقتضيه النظر عدم التوقف على إجازته بعد العتق بل بمجرد عتقها ينفذ النكاح لما صرحوا به من أنه إذا تزوج العبد بغير إذن سيده فأعتقه نفذ لأنه لو توقف ؛ فإما على إجازة المولى وهو ممتنع لانتفاء ولايته ، وإما على العبد فلا وجه له لأنه صدر من جهته فكيف يتوقف عليه ولأنه كان نافذا من جهته وإنما توقف على السيد ، فكذا السيد هنا فإنه ولى مجبر ، وإنما التوقف على إذنها لعقد الكتابة وقد زال فبقى النفاذ من جهة السيد ، فهذا هو الوجه ، وكثيرا مايقلد الساهون الساهين ، وهذا بخلاف الصبى إذا زوّج نفسه بغير إذن وليه فإنه موقوف على إجازة وليه ، فلو بلغ قبل أن يرده لاينفذ حتى يجيزه الصبى لأن العقد حين صدر منه لم يكن نافذا من جهته إذ لا نفاذ فى حالة الصبا أو عدم أهلية الرأى ، بخلاف العبد ومولى المكاتبة الصغيرة . والحاصل أن الصغير والصغيرة ليسا من أهل العبارة ، بخلاف البالغ ، و سيأتى زيادة فى ذلك . وأما الاستدلال بقوله تعالى ـ ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لايقدر على شيء ـ وقدرة إبطال ماأمضاه سيده شيء فيكون منتفيا فضعيف ، لأن المراد والله أعلم على شيء من المال لسياقه فى مقابلة ـ ومن رزقناه منا رزقا حسنا ـ فهو ينفق منه سرا وجهرا هل يستوون ـ وللقطع بأنه يملك الطلاق وهو شيء ليس بمال (قوله ومن زوّج أمته ثم قتلها الخ) السيد فى تزويجه مكاتبته لايستحق المهر بل

رضاهما نفذ . وقوله (لأن فيه تحصينه عن الزنا الذى هو سبب الهلاك أو النقصان) يعنى أنه إذا حد ربما يقع الحد مهلكا أو جارحا ؛ فى الأول هلاك ماله ، وفى الثانى نقصانه ، فإنه إذا اشترى عبدا قد حد فى الزنا فله أن يرده فيملك الإنكاح جبرا اعتبارا بالأمة ، والجامع قيام سبب الولاية وهو ملك الرقبة وتحصين ملكه عن الزنا الموجب للهلاك أو النقصان ، وليس المناط فى جواز إنكاح الأمة جبرا تملك منافع بضعها لأنه لايطرد مع الإجبار ولا ينعكس ، فإن الزوج يملك منافع بضع المرأة ولا يقدر على تزويجها ، والولى يملك تزويج الصغيرة ولا يملك منافع بضعها فكان التعليل به فاسدا . فإن قيل : لو كان الإجبار باعتبار تحسين الملك لجاز فى المكاتب والمكاتبة ولم يجز ، أجاب بقوله (بخلاف المكاتب والمكاتبة) فإن الملك لما كان فيهما ناقصا بواسطة تمليكهما اليد (التحقا بالأحرار تصرفا فيشترط رضاهما) وههنا فرع لطيف . وهو أن المولى إذا زوّج مكاتبته الصغيرة توقف النكاح على إجازتها لأنها ملحقة بالبالغة فيما ينبنى على الكتابة ثم إنها لو لم ترد حتى أدت بدل الكتابة فعتقت بقى النكاح موقوفا على إجازة المولى لا على إجازتها لأنها بعد العتق لم تبق مكاتبة وهى صغيرة والصغيرة ليست من أهل الإجازة ، قال فى النهاية : وهذه من ألطف المسائل وأعجبها ، حيث اعتبر إجازة المكاتبة فى حال رقها ، ولم يعتبر فى حالة العتق لما ذكرنا من الفرق (ومن زوّج أمته) فماتت قبل الدخول بها ، فإن ماتت حتف أنفها فعلى الزوج المهر بالاتفاق ،

(قوله فإنه إذا اشترى عبدا قد حد فى الزنا الخ) أقول : فيه تأمل ، فإن قوله فإنه إذا اشترى الخ يدل على أن المحدودية فى الزنا عيب سواء كان جارحا أولا (قوله وليس المناط فى جواز إنكاح الأمة جبرا تملك منافع بضعها الخ) أقول : يخالف لما سبق فى فصل المحرمات ، وقد نبهنا فى أول الباب (قوله فكان التعليل به فاسدا) أقول : ولو قيل مراد الشافعى أنه يملك منافع البضع مع البضع نفسه لايرد عليه ماذكره.

عليه المهر لمولاها) اعتبارا بموتها حتف أنفها . وهذا لأن المقتول ميت بأجله فصار كما إذا قتلها أجنبي : وله أنه منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما إذا ارتدت الحرة . والقتل فى أحكام الدنيا جعل إتلافا حتى وجب القصاص والدية فكذا فى حق المهر (وإن قتلت حرة نفسها قبل أن يدخل بها زوجها فلها المهر) خلافا لزفر ، هو يعتبره بالردة وبقتل المولى أمته والجامع

المكاتبة وفى تزويج أمته هو المستحق له . فلو قتلها قبل الدخول سقط عند أبى حنيفة عن الزوج حتى لو كان المولى قبضه يرده عليه . وقالا : لايسقط . والاتفاق على عدم سقوطه بقتله إياها بعد الدخول وبقتل أجنبي وقتل المولى زوجها وموتها حتف أنفها . لهما أن المقتول ميت بأجله . ولو ماتت حتف أنفها لم يسقط بل يتقرر بالموت إذ به ينتهى العقد وبانتهاء العقد يتقرر البدل فلا يسقط بقتله إياها بعد لزومه كقتل الأجنبي إياها . ولأبى حنيفة أنه منع المبدل قبل التسليم والتسلم فيجازى بمنع البدل إذا كان من أهل المجازاة كما لو ارتدت الحرة قبل الدخول أو قبلت ابن الزوج . والقتل وإن كان موتا لكنه جعل فى أحكام الدنيا إتلافا حتى وجب به القصاص والدية والضمان فيما لو ذبح شاة غيره وإن كان قد أحلها له وقد ثبتت أحكامه كذلك فى حق المولى حتى لزمته الكفارة فى الخطأ ، وإنما سقطت الدية والقود للاستحالة ، ولهذا لو كانت الأمة رهنا عند إنسان فقتلها سيدها الراهن ضمن قيمتها له ؛ ولو لم يكن من أهل المجازاة بأن كان صبيا زوج أمته وصيه مثلا قالوا يجب أن لايسقط فى قول أبى حنيفة ، بخلاف الحرة الصغيرة إذا ارتدت يسقط مهرها لأن الصغيرة العاقلة من أهل المجازاة على الردة ، بخلاف غيرها من الأفعال لأنها لم تحظر عليها والردة محظورة عليها . أما الأمة فلا رواية فى ردتها . واختلف المشايخ قيل لايسقط لأن المنع وهو المسقط لم يجىء ممن له الحق وهو المولى ، وقيل يسقط لأن المهر يجب أولا لها ثم ينتقل إلى المولى بعد الفراغ عن حاجتها حتى لو كان عليها دين يصرف إليه . وحاصل الخلاف الاختلاف فى وجود سبب السقوط فعنده وجد وعندهما لم يتحقق فبقى وجوبه السابق على حاله (قوله وإن قتلت حرة نفسها قبل أن يدخل بها فلها مهر مثلها) يستحقه ورثتها (خلافا لزفر) ولم يحك خلاف زفر فى المبسوط بل خلاف الشافعى وهو قول له ، وله قول آخر بالسقوط ، وإنما قيده بالحرة لأن فى قتل الأمة نفسها روايتين عن أبى حنيفة . وفى رواية لايسقط كالحرة بل أولى لأن المهر لمولاها لا لها وهو لم يباشر منع البدل وهو قولهما وقول مالك وقول للشافعى ، وفى رواية يسقط وهو مذهب الشافعى لأن فعل المملوك يضاف إلى مالكه فى موجبه . ولذا لو قتلت غيرها كان المخاطب بدفعها أو فدائها المولى فكان فى الحكم كقتل المولى لها ، والأوجه ماذكر فى وجه قول من قال من المشايخ فى ردتها بالسقوط وهو أن المهر يجب أولا لها ثم ينتقل إلى المولى . وفائدة الأولية ماذكر أنه إذا كان عليها دين قضى ولم يعط المولى إلا مافضل . لزفر القياس على ردتها الاتفاقية وقتل المولى أمته على قول أبى حنيفة (والجامع)

وإن قتلها أجنبي فكذلك ، وإن قتلها مولاها فكذلك عندهما ، وعند أبى حنيفة لامهر عليه للمولى ، قالا : المقتول ميت بأجله عند أهل الحق فلا فرق بين الصور الثلاث (وله أن المولى منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما إذا ارتدت الحرة) تجازى بمنع البدل عند عدم تسليمها المبدل ؛ وفى قوله يجازى إشارة إلى الجواب عما يقال الصغيرة إذا ارتضعت من أم زوجها أو المجنونة إذا قبلت ابن زوجها بشهوة قبل الدخول منعتا المبدل قبل التسليم حيث بانتا منه ولم يسقط المهر وذلك لأنهما ليستا من أهل المجازاة . ونوقض بالصغيرة العاقلة إذا ارتدت قبل الدخول تجازى بسقوط المهر فلم ينافى الصغر المجازاة . وأجيب بأن ترك مجازاة الصغيرة إنما يكون على أفعال غير محظورة ، والردة محظورة إذا كانت عاقلة بدليل أنها تحرم الميراث بسببها وتستتاب بالحبس . وقوله (والقتل فى أحكام الدنيا) جواب عن قولهما لأن الميت مقتول بأجله (فإن قتلت حرة نفسها قبل الدخول بها فلها المهر خلافا لزفر . هو يعتبره بالردة وقتل المولى أمته لما بينا من الجامع) أنه منع المبدل قبل التسليم

مابيناه . ولنا أن جناية المرء على نفسه غير معتبرة فى حق أحكام الدنيا فشابه موتها حتف أنفها ، بخلاف قتل المولى أمته لأنه معتبر فى حق أحكام الدنيا حتى تجب الكفارة عليه .قال (وإذا تزوج أمة فالإذن فى العزل إلى المولى) عند أبى حنيفة . وعن أبى يوسف ومحمد أن الإذن فى العزل إليها لأن الوطء حقها حتى تثبت لها ولاية

بين المقيس وهو قتلها نفسها والمقيس عليه وهو ردتها (مابينا) من منع المبدل قبل التسليم. ولنا أن جناية المرء على نفسه هدر فى أحكام الدنيا إنما يؤاخذ بها فى الآخرة ، ولذا قال أبو حنيفة ومحمد فى قاتل نفسه ، إنه يغسل ويصلى عليه ، ولم يعتبراه باغيا على نفسه ، بخلاف ردتها فإنها معتبرة فى أحكام الدنيا حتى حبست بها وعزرت وانفسخ نكاحها فيسقط بها المهر ، بخلاف قتل المولى أمته لأنه اعتبر فى أحكام الدنيا حتى وجبت عليه الكفارة . ولو سلم فقتلها نفسها تفويت بعد الموت وبالموت صار المهر للورثة فلا يسقط بفعلها حق غيرها ، أما الأمة فمهرها ملك المولى فكأنه فعله إبطالا لحق نفسه وهو يملكه ، كمن قال لغيره اقتل عبدى فقتله لايجب عليه قيمته ، ولوقال الحر اقتلنى فقتله كان على القاتل الدية لأنه فى الأول مبطل لحق نفسه ، وفى الثانى مبطل لحق الورثة . واستشكل بالحرة يقتلها وارثها لايسقط المهر . أجيب بأنه صار محروما بالقتل فلم يكن بالقتل مبطلا حق نفسه فى المهر (قوله وإذا تزوج أمة فالإذن فى العزل إلى المولى عند أبى حنيفة) العزل جائز عند عامة العلماء ، وكرهه قوم من الصحابة وغيرهم لما فى مسلم من حديث عائشة رضى الله عنها عن جدامة [1] بنت وهب أخت عكاشة قالت « حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى أناس فسألوه عن العزل ؛ قال : ذاك الوأد الخفى » وكذا ذكر شعبة عن عن عاصم عن زرعة [2] وصح عن ابن مسعود أنه قال « هو الموءودة الصغرى » وصح عن أبى أمامة أنه سئل عنه فقال : ماكنت أرى مسلما يفعله ، وقال نافع عن ابن عمر : ضرب عمر على العزل بعض بنيه . وعن عمر وعثمان أنهما : كانا ينهيان عن العزل . والصحيح الجواز ؛ فى الصحيحين عن جابر « كنا نعزل والقرآن ينزل » وفى مسلم عنه : « كنا نعزل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك النبى صلى الله عليه وسلم فلم ينهنا » وفى السنن عن أبى سعيد الخدرى « أن رجلا قال : يارسول الله إن لى جارية وأنا أعزل عنها وأنا أكره أن تحمل وأنا أريد مايريد الرجال ، وإن اليهود تحدث أن العزل هو الموءودة الصغرى ، قال : كذبت يهود ، لو أراد الله أن يخلقه ما استطعت أن تصرفه » وفى صحيح مسلم عن جابر قال « سأل رجل النبى صلى الله عليه وسلم فقال : إن عندى جارية وأنا أعزل عنها ، فقال صلى الله عليه وسلم : إن ذلك لايمنع شيئا أراده الله تعالى ، قال : فجاء الرجل فقال : يارسول الله إن الجارية التى كنت ذكرتها لك قد حملت ، فقال صلى الله عليه وسلم :

وقوله (ولنا أن جناية المرء) ظاهر . وقوله (حتى تجب الكفارة عليه) يعنى إذا قتلها خطأ ، وكذلك يجب الضمان على المولى إن كان عليها دين . قال (وإذا تزوج أمة فالإذن فى العزل إلى المولى) فى هذه المسئلة دلالة على جواز العزل . وسئل ابن مسعود عنه فقال : لا بأس به ، ولو أن الله تعالى أخذ ميثاق نسمة فلو ألقيتها فى صخرة تخلق فيها . وروى أبو سعيد الخدرى عن النبى صلى الله عليه وسلم مثله . وهو على ثلاثة أقسام : عزل عن أمته المملوكة له ولا إذن فيه إلى أحد . وعزل عن المرأة الحرة والإذن فيه إليها وهذان بالاتفاق . وعزل عن الأمة المنكوحة

---

(١) جدامة : بضم الجيم بعدها دال مهملة كما فى القاموس لامعجمة كما فى بعض النسخ كتبه مصححه.

(٢) هكذا زرعة بالراء بعد الزاى فى بعض النسخ ، وفى بعض آخر : زمعة ، بالميم بدل الراء وليحرر ، كتبه مصححه .

المطالبة، وفى العزل تنقيص حقها فيشترط رضاها كما فى الحرة، بخلاف الأمة المملوكة لأنه لامطالبة لها فلا يعتبر رضاها. وجه ظاهر الرواية أن العزل يخل بمقصود الولد وهو حق المولى فيعتبر رضاه وبهذا فارقت الحرة

أنا عبد الله ورسوله » فهذه الأحاديث ظاهرة فى جواز العزل. وقد روى عن عشرة من الصحابة : علىّ وسعد بن أبى وقاص وزيد بن ثابت وأبى أيوب وجابر وابن عباس والحسن بن علىّ وخباب بن الأرتّ وأبى سعيد الخدرى وعبد الله بن مسعود وروى أيضا عن ابن عباس ؛ وحديث السنن يدفع حديث جدامة ، وهو وإن كان فى السنن فهو حديث صحيح ، وإن وقع فيه اختلاف على يحيى بن أبى كثير ، فقيل فيه عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن جابر ، وقيل فيه عن أبى مطيع بن رفاعة ، وقيل عن رفاعة ، وقيل عن أبى سلمة عن أبى هريرة . فإن الطرق كلها صحيحة ، وجاز أن يكون الحديث عند يحيى من حديث الكل بهذه الطرق ، لكن بقى أنهما إذا تعارضا يجب ترجيح حديث جدامة لأنه مخرّج عن الأصل : أعنى الإباحة الأصلية ، إلا أن كثرة الأحاديث تدل على اشتهار خلافه ، وقد اتفق عمر وعلى رضى الله عنهما أنها لاتكون موءودة حتى تمرّ عليها التارات السبع . أسند أبو يعلى وغيره عن عبيد بن رفاعة عن أبيه قال : جلس إلىّ عمر وعلىّ والزبير وسعد فى نفر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فتذاكروا العزل فقالوا لابأس به ، فقال رجل منهم : إنهم يزعمون أنها الموءودة الصغرى ، فقال علىّ : لاتكون موءودة حتى تمرّ عليها التارات السبع : حتى تكون سلالة من طين ، ثم تكون نطفة، ثم تكون علقة ، ثم تكون مضغة ، ثم تكون عظاما ، ثم تكون لحما ، ثم تكون خلقا آخر ، فقال عمر : صدقت، أطال الله بقاءك . وفيه خلاف ماعن علىّ وعمر من المنع المتقدم ؛ ثم فى بعض أجوبة المشايخ الكراهة وفى بعضها عدمها ، ثم على الجواز فى أمته لايفتقر إلى إذنها ، وفى زوجته الحرة يفتقر إلى رضاها ، وفى منكوحته الأمة يفتقر إلى الإذن والخلاف فى أنه للسيد أو لها وهى هذه المسئلة وفى الفتاوى : إن خاف من الولد السوء فى الحرة يسعه العزل بغير رضاها لفساد الزمان فليعتبر مثله من الأعذار مسقطا لإذنها . ثم فى بعض نسخ الهداية : وقال أبو يوسف ومحمد : وهو الموافق لما ذكر الصدر الشهيد والعتابى وفى بعضها : وعن أبى يوسف ومحمد وهى النسخة الصحيحة ، لأنه لم يذكر الخلاف فى ظاهر الرواية بل ذكر الجواب فى الجامع الصغير أنه لمولاها من غير حكاية خلاف ، وبقرينة قوله فى وجه قول أبى حنيفة وجه ظاهر الرواية . ووجه المروى عنهما أن الوطء حقها حتى إن لها المطالبة به ، وفى العزل تنقيصه فيشترط رضاها به كالحرة وجه الظاهر أن حقها فى نفس الوطء قد تأدى بالجماع ، فإن قضاء الشهوة به ؛ وأما سفح الماء فإنما فائدته الولد والحق فيه لمولاها لأنه عبده ومستفاده فيشترط إذنه . ثم إذا عزل بإذن أو بغير إذن ثم ظهر بها حبل هل يحل نفيه أم لا ؟ قالوا : إن لم يعد إليها أو عاد ولكن بال قبل العود حل نفيه وإن لم يبل لم يحل ، كذا روى عن على لأن بقية المنى فى ذكره يسقط فيها ، ولذا قال أبو حنيفة فيما إذا اغتسل من الجنابة قبل البول ثم بال فخرج المنى وجب عليه إعادة الغسل . وفى فتاوى قاضيخان : رجل له جارية غير محصنة تخرج وتدخل ويعزل عنها المولى فجاءت بولد وأكبر ظنه أنه ليس منه كان فى سعة من نفيه ، وإن كانت محصنة لايسعه نفيه لأنه ربما يعزل فيقع الماء فى الفرج الخارج ثم يدخل فلا يعتمد على العزل ، ولو كان الزوج عنينا قالوا الخصومة للمولى أو لها على الخلاف ، وهل يباح الإسقاط بعد الحبل ؟ يباح مالم يتخلق شىء منه ثم فى غير موضع ، قالوا : ولا يكون ذلك إلا بعد مائة وعشرين يوما ، وهذا يقتضى أنهم أرادوا بالتخليق نفخ الروح وإلا فهو غلط

(وإن تزوّجت بإذن مولاها ثم أعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها أو عبدا) لقوله عليه الصلاة والسلام لبريرة حين عتقت « ملكت بضعك فاختارى » فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا فينتظم الفصلين ، والشافعى يخالفنا فيما إذا كان زوجها حرا وهو محجوج به ،

لأن التخليق يتحقق بالمشاهدة قبل هذه المدة (قوله وإذا تزوجت أمة بإذن مولاها) أو زوّجها هو برضاها أو بغير رضاها (ثم أعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها أو عبدا) أما إذا زوّجت نفسها بغير إذنه ثم أعتقها فسيأتى أنه ينفذ النكاح بالإعتاق ولا خيار لها (والشافعى يخالفنا فيما إذا كان زوجها حرا) فلا خيار لها وهو قول مالك ، ومنشأ الخلاف فى ترجيح إحدى الروايتين المتعارضتين فى زوج بريرة أكان حين أعتقت حرا أو عبدا ؟ وفى ترجيح المعنى المعلل به . أما الأول فثبت فى الصحيحين من حديث عائشة رضى الله عنها « أن النبى صلى الله عليه وسلم خيرها وكان زوجها عبدا » رواها القاسم ، ولم تختلف الروايات عن ابن عباس أنه كان عبدا ، وثبت فى الصحيحين أنه كان حرا حين أعتقت ، وهكذا روى فى السنن الأربعة ، وقال الترمذى : حديث حسن صحيح . والترجيح يقتضى فى رواية عائشة ترجيح أنه كان حرا ، وذلك أن رواة هذا الحديث عن عائشة ثلاثة الأسود وعروة والقاسم ؛ فأما الأسود فلم يختلف فيه عن عائشة أنه كان حرا ، وأما عروة فعنه روايتان صحيحتان إحداهما أنه كان حرا والأخرى أنه كان عبدا ، وأما عبد الرحمن بن القاسم فعنه أيضا روايتان صحيحتان إحداهما أنه كان حرا والأخرى الشك . ووجه آخر من الترجيح مطلقا لا يختص بالمروى فيه عن عائشة وهو أن رواية «خيرها صلى الله عليه وسلم وكان زوجها عبدا» يحتمل كون الواو فيه للعطف لا للحال . وحاصله أنه إخبار بالأمرين ، وكونه اتصف بالرق لا يستلزم كون ذلك كان حال عتقها هذا بعد احتمال أن يراد بالعبد العتيق مجازا باعتبار ما كان وهو شائع فى العرف . والذى لا مرد له من الترجيح أن رواية كان حرا أنص من كان عبدا لما قلنا ، وتثبت زيادة فهى أولى وأيضا فهى مثبتة وتلك نافية للعلم بأنه كان حالته الأصلية الرق والنافى هو المبقيها والمثبت هو المخرّج عنها . وأما المعنى المعلل به فقد اختلف فيه فالشافعى وغيره عينوه بعدم الكفاءة وهو ضعيف فإن ثبوتها إنما يعتبر فى الابتداء

وفى تعيين الآذن اختلاف كما ذكره فى الكتاب وهو واضح (وإن تزوّجت بإذن مولاها) أو زوّجها مولاها (ثم أعتقت فلها الخيار) إن شاءت أقامت معه وإن شاءت فارقته ، سواء كان زوجها حرا أو عبدا . وقال الشافعى : إن كان عبدا فلها الخيار ، وإن كان حرا فلا خيار لها ، واستدل على ذلك بما روى « أن عائشة لما أرادت أن تعتق مملوكين لها متناكحين سألت النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك فأمرها بالبداءة بالغلام » قال : وإنما أمرها بذلك لئلا يثبت لها الخيار ، ولأن الخيار فيما إذا كان عبدا لعدم الكفاءة وهى موجودة فى الحر . ولنا أن عائشة أعتقت بريرة فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم («ملكت بضعك فاختارى» فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا فينتظم الفصلين) الحر والعبد ، وإنما قال فالتعليل لأنه من باب قوله سها فسجد فالشافعى محجوج به . فإن قيل : روى صاحب السنن بإسناده إلى عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة « أن بريرة خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان زوجها عبدا » وروى أيضا بإسناده إلى عكرمة عن ابن عباس «أن زوج بريرة كان عبدا أسود يسمى مغيثا فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم وأمرها أن تعتد» فأنى يكون الشافعى به محجوجا ؟ قلت : روى

(قوله قال وإنما أمرها بذلك لئلا يثبت لها الخيار) أقول : يعنى قال الشافعى : وإنما أمرها الخ .

ولأنه يزداد الملك عليها عند العتق فيملك الزوج بعده ثلاث تطليقات فتملك رفع أصل العقد دفعا للزيادة

لا فى البقاء ؛ ألا ترى أنه لو أعسر الزوج فى البقاء أو انتفى نسبه لا يثبت لها الخيار. وأصحابنا تارة يعللونه بزيادة الملك عليها لأنها كانت بحيث تخلص بثنتين فازداد الملك عليها ، وهذا من رد المختلف إلى المختلف فإن الطلاق عند الشافعى بالرجال لا بالنساء ، وكأنه اعتماد على إثبات الأصل المختلف فيه . وأورد أنه دفع ضرر بإثبات ضرر وهو رفع أصل العقد . وأجيب بأنها لا تتمكن إلا به مع أنه رضى به حيث تزوّج أمة مع علمه بأنها قد تعتق . ثم إنه استضعف بأن عدم ملكه الثالثة لا يستلزم نقصان مملوكيّتها ولا ملكه الثالثة يستلزم طولها ، فقد تطول مملوكيّتها مع ملكه ثنتين بأن لا يطلقها أصلا إلى الموت فلا ضابط لذلك ؛ وتارة بعلة منصوصة وهى ملكها بضعها .روى أبو بكر الرازى بسنده إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لها حين أعتقت « ملكت بضعك فاختارى» وروى ابن سعد فى الطبقات : أخبرنا عبد الوهاب بن عطاء عن داود بن أبى عبيد عن عامر الشعبى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لبريرة لما أعتقت « قد عتق بضعك معك فاختارى » وهذا مرسل وهو حجة . وأخرج الدارقطنى عن عائشة رضى الله عنها أنه صلى الله عليه وسلم قال لبريرة لما عتقت « اذهبى ، فقد عتق بضعك معك » وليس لقوله ذلك فائدة فيما يظهر إلا التنبيه على ثبوت اختيارها نفسها ، وقد جاء فى بعض طرق حديث بريرة أنه صلى الله عليه وسلم قال لها « ملكت نفسك فاختارى » فقد تظافرت هذه الطرق على هذه العلة ، وإذن فالواجب أن تكون هى المعتبرة ، ويكون ماذكروه من التعليل بزيادة الملك إظهار حكمة هذه العلة المنصوصة ، ومقتضاه ثبوت الخيار لها فيما إذا كان زوجها حرا أو عبدا وفيما إذا كانت مكاتبة عتقت بأداء الكتابة بعد ما زوّجها سيدها برضاها أو غيره وخالف زفر فى المكاتبة وهى المسئلة التى تلى هذه فى الكتاب ، واستدل بأن العقد نفذ برضاها فلا خيار لها ، ولو صح لزم أن سيد الأمة لو زوّجها برضاها ومشاورتها فى ذلك أن لا خيار لها وليس بصحيح . والأوجه فى استدلاله أن النص لم يتناولها وهو قوله عليه الصلاة والسلام « ملكت بضعك فاختارى » إذ المكاتبة كانت مالكة لبضعها قبل العتق . وأجيب بالمنع لأن ملك البضع تابع لملك نفسها ولم تكن مالكة نفسها وإنما كانت مالكة لأكسابها . ولقائل أن يقول إن قوله صلى الله عليه وسلم «ملكت بضعك» ليس معناه إلا منافع بضعك إذ لا يمكن ملكها لعينه وملكها لأكسابها تبع لملكها لمنافع نفسها وأعضائها فيلزم كونها مالكة لبضعها بالمعنى المراد قبل العتق فلم يتناولها النص ، وترجح قول زفر . وفى المبسوط : لو كانت حرة فى أصل العقد ثم صارت أمة بأن

البخارى ومسلم وأبو داود والنسائى والترمذى وابن ماجه وأحمد « أن بريرة أعتقت وزوجها حر» وإذا تعارضت الروايتان تركناهما وصرنا إلى مايدل عليه لفظ الحديث على ماذكرنا فكان محجوجا به ، وقد سلكنا مسلك الترجيح فى التقرير بأن المثبت أولى من النافى فليطلب ثمة . وقوله (ولأنه يزداد الملك) دليل معقول وقد تقدم بيانه . ورد بأن عدة الطلاق عنده معتبرة بالرجال فلا يزيد عليها الملك إذا كان الزوج حرا . وأجيب بأن كونها معتبرة بالنساء ثابت بدليل قوى على ماسيجىء فيلزم عليها الزيادة إذا أعتقت وإن كان حرا ، ولا نسلم أن أمره عليه الصلاة والسلام بالبداءة بالغلام لذلك ، وإنما كان لإظهار فضيلة الرجال على النساء ، فإنها لو أعتقهما معا لثبت الخيار أيضا عنده ، وليس ثبوت الخيار فى العبد لعدم الكفاءة فإن الكفاءة شرط فى الابتداء دون البقاء ؛ ألا ترى أن الزوج إن أعسر حتى خرج عن كفاءتها لم يكن لها خيار وإنما الخيار لزيادة الملك عليها ، ولا فرق فى ذلك بين

(قوله وقد تقدم بيانه) أقول : فى باب الأولياء والأكفاء .

(وكذلك المكاتبة) يعنى إذا تزوّجت بإذن مولاها ثم عتقت ، وقال زفر : لاخيار لها لأن العقد نفذ عليها برضاها وكان المهر لها فلا معنى لإثبات الخيار ، بخلاف الأمة لأنه لايعتبر رضاها . ولنا أن العلة ازدياد الملك وقد وجدناها فى المكاتبة لأن عدتها قرءان وطلاقها ثنتان (وإن تزوّجت أمة بغير إذن مولاها ثم أعتقت صح النكاح) لأنها من أهل العبارة وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال (ولا خيار لها) لأن النفوذ بعد العتق فلا تتحقق زيادة

ارتدت امرأة مع زوجها ولحقا بدار الحرب معا ثم سبيا معا ثم عتقت فلها الخيار عند أبى يوسف لأنها بالعتق ملكت نفسها وازداد ملك الزوج عليها . وقال محمد : لا خيار لها لأن بأصل العقد ثبت عليها ملك كامل برضاها ، ثم انتقص الملك بعارض الرق فإذا عتقت عاد الملك إلى أصله كما كان فلا يثبت الخيار لها (قوله وإن تزوّجت أمة بغير إذن مولاها ثم أعتقت صح النكاح) أى نفذ بمجرد العتق ، ولا فرق بين الأمة والعبد فى هذا الحكم ، وإنما فرضها فى الأمة ليرتب عليها المسئلة التى تليها تفريعا . وعن زفر أنه يبطل النكاح لأن توقفه كان على إجازة المولى فلا ينفذ من جهة غيره ، ولا يمكن إبقاؤه موقوفا على إجازته بعد بطلان ولايته ، وإذا بطل تنفيذه وتوقفه لزم بطلانه بالضرورة إذ لاواسطة وصار كما إذا اشترت ثم عتقت فإنه يبطل ولا يتوقف لما قلنا من عدم إمكان القسمين. ولنا أن الأمة والعبد من أهل العبارة ولذا صح إقرارهما بالديون ويطالبان بعد العتق . وأهلية العبارة من خواص الآدمية وهى مبقاة فيهما على أصل الحرية (وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال) بالعتق . وحاصل هذا أنه نافذ من جهتها ، ويجب أن ينفذ من جهة المولى مادام حقه ، فإذا زال بقى النفاذ من غير جهة توقف . وأما البطلان فيما ذكر فليس لما قال بل للزوم تحول حكم العقد الواحد فإنه انعقد موجبا للملك المولى ولو نفذ بعد عتقها كان موجبا للملك لها . وأورد على التعليل النقض بصور ، وهى مالو تزوج بغير إذن مولاه ثم أذن لايجوز ذلك النكاح حتى يجيز ماصنع ، وما إذا زوّج فضولى شخصا ثم وكله توقف على إجازة الفضولى بعد الوكالة ، وما إذا زوّج ولى أبعد مع وجود الأقرب ثم غاب الأقرب أومات فتحولت الولاية إلى المزوج توقف على إجازة مستأنفة منه ، وكذا سيد المكاتبة الصغيرة إذا زوّجها بلا إذنها توقف على إجازتها ، فإذا أدت وعتقت لايجوز ذلك النكاح إلا بإجازة مستقبلة من السيد مع أنه المزوج . أجيب عن الأول والثانى بأن الإذن والتوكيل فك الحجر بالنسبة إلى ما يستقبل من وقتهما فلا يعملان فيما قبلهما ، وكان مقتضى هذا أن لايجوز بالإجازة أيضا إلا أنا استحسناه ، وعن الثالث بأن الأبعد لم يكن وليا حين زوّج ومن ليس وليا فى شىء لايتأنى فى عواقبه ويحكم الرأى فيه بل يتوانى اتكالا على رأى الأقرب فلم يكن النكاح على الوجه الأصلح ظاهرا فيجب توقيفه على إجازته بعد صيرورته وليا ليثبت كونه أصلح . قال فى الفوائد الظهيرية : وبهذا الحرف يقع الانفصال عن النقض الرابع : يعنى سيد المكاتبة الصغيرة . وقد يفرق بأن الولى الأبعد إنما يظهر فيه ترك النظر بعد تسليم ظهوره فيه لاعتماده على رأى الأقرب ، أما هنا فلا يتجه اعتماد المولى على رأى الصغيرة فيترك النظر فكان الظاهر النظر منه لظهوره من مجرد الدين والنسبة الخاصة من غير مايوجب بطلان ظهوره فيه فيجب الحكم بالنفاذ بالعتق على ماقدمناه ووعدناه من الزيادة ويجب لها خيار البلوغ (قوله ولا خيار لها) لأن النفوذ بعد العتق وخيار العتق إنما شرع فى نكاح نافذ

الحر والعبد (وكذلك المكاتبة : يعنى إذا تزوّجت بإذن مولاها ثم أعتقت) كان لها الخيار ، سواء كان الزوج حرا أو عبدا لزيادة الملك عليها (وقال زفر : لا خيار لها) لأن ثبوت الخيار فى الأمة لنفوذ العقد بغير رضاها وسلامة المهر لمولاها وهذا غير موجود ههنا ، فإن المهر لها والنكاح ما نفذ إلا برضاها ودليلنا فيه ظاهر مما تقدم (وإن تزوّجت أمة بغير إذن مولاها ثم أعتقت صح النكاح ولا خيار لها) أما صحة النكاح فلوجود المقتضى لصدور

الملك . كما إذا زوّجت نفسها بعد العتق (فإن كانت تزوّجت بغير إذنه على ألف ومهر مثلها مائة فدخل بها زوجها ثم أعتقها مولاها فالمهر للمولى) لأنه استوفى منافع مملوكة للمولى (وإن لم يدخل بها حتى أعتقها فالمهر لها) لأنه استوفى منافع مملوكة لها . والمراد بالمهر الألف المسمى لأن نفاذ العقد بالعتق استند إلى وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمى .

قبل العتق لدفع زيادة الملك فلا تتحقق زيادة الملك لذلك . وأورد ينبغى أن يثبت لها الخيار لأن بالاستناد يظهر أن النفاذ قبل العتق . والجواب أن الشىء يثبت ثم يستند وحال ثبوته كان بعد العتق فانتفى الخيار بعده (قوله فإن كانت تزوّجت بغير إذنه على ألف ومهر مثلها مائة) نص على زيادة المسمى على مهر المثل . والجواب على التفصيل : إن دخل بها قبل العتق فالمهر للسيد لأنه استوفى منافع مملوكة له أو بعده فلها لأنه استوفى منافع لها . وكان يتبادر أن فى الوطء قبل العتق مهر المثل للسيد لعدم صحة التسمية حينئذ فكان دخولا فى نكاح موقوف وهو كالفاسد حيث لايحل الوطء فيه فوجبت قيمة البضع المستوفى منافعه المملوكة للسيد فلا تجب الزيادة لها على هذا خلافا لما قيل والزيادة لها . لأن الزيادة إنما تثبت باعتبار صحة التسمية . وهذا التوجيه على اعتبار عدمها . والثابت بهذا الاعتبار ليس إلا مهر المثل وهو كله للسيد ، ثم إذا أعتقت ووطئها يجب المسمى لها لأنه يصح بصحة العقد

الركن الذى هو الإيجاب والقبول من أهله لكونها من أهل العبارة وانتفاء المانع ، لأن امتناع النفوذ كان لحق المولى وقد زال . وأما عدم الخيار فلأن النفوذ بعد العتق فلا تتحقق زيادة الملك ، كما لو زوّجت نفسها بعد العتق والحكم فى العبد كذلك ، وإنما خصص الأمة بالذكر ليبنى المسئلة المتعلقة بالمهر عليها لأنها لاتتأتى فى حق العبد ، ويجوز أن يكون تخصيصه بالأمة لتفريع مسئلة الخيار عليها لأنها تختص بالإماء دون العبيد . وقوله (فإن كانت تزوّجت بغير إذنه) ظاهر ، وإنما قال فى صورة المسئلة بأن المسمى ألف ومهر المثل مائة ليعلم أن المسمى وإن زاد على مهر المثل فهو للمولى إذا كان الدخول قبل العتق وكان ينبغى أن يكون مايوازى مهر المثل للمولى وما زاد للمرأة . لأن مهر المثل قيمة البضع من كل وجه دون الزائد عليه والبضع ملك المولى فكان قيمته له لا الزائد على قيمة ملكه . وجوابه ماذكره فى الكتاب بقوله (والمراد بالمهر الألف المسمى لأن نفاذ العقد بالعتق استند إلى وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمى) للمولى إن أعتقها بعد الدخول والأمة إن أعتقها قبله . فإن قيل: كيف يستند الجواز إلى وقت العقد والمانع عن الاستناد قائم لأن المانع من الجواز هو الملك والملك قد زال بالعتق مقتصرا ؛ ألا ترى أن الأمة إذا حرمت حرمة غليظة على زوج كان لها قبل ذلك وتزوّجت بغير إذن المولى فدخل بها فأعتقها المولى لاتحل على زوجها الأول باعتبار أن العقد غير معتبر فى حق هذا الدخول الذى كان قبل

(قوله لتفريع مسئلة الخيار عليها) أقول : يعنى قوله ولا خيار لها (قوله وكان ينبغى ، إلى قوله : لاالزائد على قيمة ملكه) أقول : فيه بحث ، فإن المرأة تأخذ ما تأخذه بدل منافع البضع أيضا ، فما وجه أخذ المرأة مازاد إذا لم تكن قيمة البضع من وجه فليتأمل (قوله وجوابه ماذكره فى الكتاب بقوله والمراد الخ) أقول : والأظهر عندى أن قوله والمراد الخ جواب عما عسى يقال ينبغى أن يجب هنا مهر المثل عند أبى حنيفة لأنه الأصل عنده على مامر ، والتسمية غير صحيحة لعدم صحة النكاح من الابتداء وهو زمان وجود التسمية (قوله فإن قيل : كيف يستند الجواز) أقول : المراد من الجواز النفاذ (قوله لأن المانع من الجواز هو الملك الخ) أقول : ولا يبعد أن يقال الملك مانع عن النفاذ ابتداء لحق المولى ، ولايمنع استنادل رعاية لحقه أيضا حيث يستحق حينئذ المسمى وهو أكثر على مافرض ، وفيه شىء لايخفى جوابه ، أما الشىء فهو كونه أقل ٧ وأما الجواب فهو أنه (قوله إذا حرمت حرمة غليظة) أقول : بأن طلقها اثنتين (قوله وتزوجت بغير إذن المولى

وهٰذا لم يجب مهر آخر

فيجب مهران المسمى ومهر المثل لكن انهدم ذلك كله بسبب استناد النفاذ لأن النافذ ليس إلا ذلك العقد ، وحين صح العقد لزم صحة التسمية ويلزمه بطلان لزوم مهر المثل لأنه لايجب معه . لايقال : فيجب أن يكون المهر فى الوجهين لها لأنه بالاستناد صارت مالكة لمنافع بضعها من وقت العقد . لأنا نقول : الاستناد يظهر أثره فى القائم لافى الفائت ، ومنافع البضع فائتة . وحين فاتت فاتت على ملك المولى فكان بدلها له . وقد يورد فيقال : لو استند إلى أصل العقد يجب كون المهر للمولى كما لو تزوّجت بإذن المولى ولم يدخل بها حتى أعتقها وهو بمعزل عن صورة المسئلة فإنها النفاذ بالعتق وبه تملك منافعها ، بخلاف النفاذ بالإذن والرق قائم . هذا إذا كانت الأمة كبيرة ، فإن كانت صغيرة فأعتقها يبطل النكاح عند زفر ، وعندنا يتوقف على إجازة المولى إن لم يكن لها عصبة سواه : فإذا أجاز جاز ، فإذا بلغت بعد ذلك فلها خيار البلوغ إلا إذا كان المجيز أباها أو جدها ، وقدمنا فى باب الأولياء أنه يستغنى بخيار الإدراك عن خيار العتق لأنه المنجز (قوله ولهذا) أى الاتحاد بالاستناد (لم يجب مهر آخر)

العتق . أجيب بأن ماذكرته قياس ، فإن القياس هو أن يلزمه مهران مهر بالدخول قبل نفاذ النكاح وهو مهر المثل ومهر بالنكاح وهو المسمى لما ذكرت من وجود المانع عن الاستناد ، إلا أنهم استحسنوا فقالوا : يلزمه مهر واحد وهو المسمى وقت العقد . لأنه لو وجب مهر بالدخول لوجب بحكم العقد ، إذ لولاه لوجب الحد فكان المهر واجبا بالدخول مضافا إلى العقد . فإيجاب مهر آخر بالعقد جمع بين المهرين بعقد واحد وهو ممتنع ، وهذا كما ترى لايجدى لأن المانع من الاستناد على ماذكره من المسائل لم يزل ، والأولى أن يقال : ليس المانع من الجواز فى الاستحسان الملك ، وإنما هو الحاجة إلى الصيانة عن الإضرار بالمولى ، فمتى أعتقها المولى فقد خلا هذا النكاح عن الإضرار بالمولى من وقت وجوده فثبت الجواز من ذلك الوقت وظهر من هذا قوله ولهذا لم يجب مهر آخر بالوطء فى نكاح موقوف الخ . وأجيب عن عدم زوال الحرمة الغليظة بأن امتناع حلها على زوجها الأول إنما كان لأن الاستناد يظهر فى القائم لا فى المتلاشى ، والمستوفى بالوطء متلاش . فإن قيل : القول بالاستناد ينتقض بالمسئلة الثانية وهى قوله وإن لم يدخل بها حتى أعتقها فالمهر لها ، ولو استند الجواز إلى أصل العقد يجب أن يكون المهر للمولى ، كما لو تزوّجت بإذن المولى ولم يدخل بها الزوج حتى أعتقها . أجيب بأن حكم الاستناد يظهر فيما لايختلف مستحقه لا فيما يختلف ، وههنا يختلف لأن المستحق زمان الثبوت هو الأمة وزمان العقد هو المولى : فلما كان المستحق زمان الثبوت هو الأمة امتنع استناد هذا الاستحقاق إلى زمان العقد ، لأنه لو استند هذا الاستحقاق إلى زمان العقد يبطل هذا الاستحقاق زمان الثبوت فيبطل الاستناد من حيث يثبت .

أقول : أى تزوجت بزوج آخر (قوله والمستوفى بالوطء متلاش الخ) أقول : إذا كان المستوفى بالوطء متلاشيا فكيف يلزم باعتباره مهر كامل للمولى إذا كان الوطء قبل الإعتاق ، ولعل الأولى أن يقال : النكاح منصوص فى التحليل فيراعى وجوده على وجه الكمال كما قالوا فى قبض المهر والرهن . وما ثبت بالاستناد ثابت من وجه دون وجه فتأمل (قوله لأن المستحق زمان الثبوت الخ) أقول : أى ثبوت النكاح ونفاذه .

بالوطء فى نكاح موقوف لأن العقد قد اتحد باستناد النفاذ فلا يوجب إلا مهرا واحدا (ومن وطئ أمة ابنه فولدت منه فهى أم ولد له وعليه قيمتها ولا مهر عليه) ومعنى المسئلة أن يدعيه الأب . ووجهه أن له ولاية تملك مال ابنه للحاجة إلى البقاء فله تملك جاريته للحاجة إلى صيانة الماء ، غير أن الحاجة إلى إبقاء نسله دونها إلى إبقاء نفسه ، فلهذا يتملك الجارية بالقيمة والطعام بغير قيمة ، ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاء شرطا له إذ المصحح حقيقة الملك أو حقه ،

أى مهر المثل (بالدخول فى نكاح موقوف) وقد ذكرناه (قوله ومن وطئ جارية ابنه فولدت منه فهى أم ولد له وعليه قيمتها ولا مهر عليه ، ومعنى المسئلة أن يدعيه الأب) وليس عبدا ولا مكاتبا ولا كافرا ولا مجنونا ، فإن كان الأب واحدا من هؤلاء لم تصح الدعوة لعدم الولاية ، ولو أفاق المجنون ثم ولدت لأقل من ستة أشهر تصح استحسانا لاقياسا ، ولو كانا من أهل الذمة إلا أن ملتهما مختلفة جازت الدعوة من الأب . ويشترط أيضا كون الأمة فى ملك الابن من وقت العلوق إلى الدعوة ، فلو حبلت فى غير ملكه أو فيه وأخرجها الابن عن ملكه ثم استردها لم تصح الدعوة لأن الملك إنما يثبت بطريق الاستناد إلى وقت العلوق فيستدعى قيام وقت التملك من حين العلوق إلى التملك ، ولا يشترط فى صحتها دعوى الشبهة ولا تصديق الابن ودعوة الجد لأب كالأب ، ولا تصح دعوة الجد لأم اتفاقا . وشرط دعوة الجد لأب أن تكون حال عدم ولاية الأب لموت أو جنون أو رق أو كفر ، وأن تثبت ولايته من وقت العلوق إلى وقت الدعوة حتى لو أتت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت انتقال الولاية إليه لم تصح دعوته لما قلنا فى الأب (قوله ووجهه) أى وجه هذا المجموع (أن للأب ولاية تملك مال ابنه للحاجة إلى إبقاء نفسه) لما سنذكر فكذا إلى صون نسله لأنه كنفسه إذ هو جزؤه لكن الحاجة إلى إبقاء النفس أشد منها إلى حفظ النسل (فلذا يتملك الطعام بغير قيمة والجارية بالقيمة) ويحل له الطعام عند الحاجة إليه ولا يحل له وطء جارية ابنه عند الحاجة إليه ، كذا عند الأئمة إلا ما نقل عن مالك بن أنس وابن أبى ليلى ، ويجبر الابن على الإنفاق عليه دون دفع الجارية إليه للتسرى ، فالحاجة جاز له التملك . ولقصورها أوجبنا عليه القيمة مراعاة للحقين وتحصيلا للمقصودين مقصود الأب والابن إذ البدل يقوم مقام المبدل ولا عقر عليه وهو مهر مثلها فى الجمال : أى مايرغب به فى مثلها جمالا فقط . وأما ماقيل ما يستأجر به مثلها للزنا لو جاز فليس معناه

قال (ومن وطئ أمة ابنه) ومن وطئ جارية ابنه (فولدت منه ولدا فهى أم ولد له وعليه قيمتها دون المهر) وإنما قال (ومعنى المسئلة أن يدعيه الأب) لأن محمدا لم يذكر الدعوة فى الجامع الصغير (ووجهه أن للأب ولاية تملك مال ابنه للحاجة إلى البقاء) لما روت عائشة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ولد الرجل من كسبه فكلوا من أموالهم » وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « إن أولادكم من أطيب كسبكم ، فكلوا من كسب أولادكم » وغير ذلك ، وكل من له ولاية تملك مال ابنه للحاجة إلى البقاء (فله ولاية تملك جاريته للحاجة إلى صيانة الماء) . فإن قيل : لو كان صيانة الماء كبقاء النفس لما وجبت عليه القيمة كما فى الطعام . أجاب بقوله (غير أن الحاجة إلى إبقاء نسله دونها إلى إبقاء نفسه) ولهذا لايجبر الولد على إعطاء الجارية والده للاستيلاد لكونه غير ضرورى (فلهذا يتملك الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة) . فإن عورض بأن الاستيلاد يعتمد الملك كما فى المملوكة أو حق الملك كما فى المكاتبة وليس شىء من ذلك بموجود . أجاب بقوله (ثم هذا الملك يثبت قبل الاستيلاد شرطا له ، إذ المصحح) يعنى الاستيلاد إما (حقيقة الملك أو حقه)

وكل ذلك غير ثابت للأب فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه فتبين أن الوطء يلاقى ملكه فلا يلزمه العقر . وقال زفر والشافعي : يجب المهر لأنهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد كما فى الجارية المشتركة وحكم الشيء يعقبه والمسئلة معروفة . قال (ولو كان الابن زوّجها إياه فولدت منه لم تصر أم ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولدها حر) لأنه صح التزوج عندنا خلافا للشافعي لخلوها عن ملك الأب ، ألا يرى أن الابن ملكها من

بل للعادة أن مايعطى لذلك أقل مما يعطى مهرا لأن الثانى للبقاء ، بخلاف الأول والعادة زيادته عليه ، خلافا لزفر والشافعي فإنهما يوجبان العقر عليه لثبوت ملكه فيها قبيل الوطء شرطا لصحة الاستيلاد عندنا ، وعنده قبيل العلوق لأن ثبوته ضرورة صيانة الولد وهى مندفعة بإثباته كذلك دون إثباته قبل الوطء . قلنا : لازم كون الفعل زنا ضياع الماء شرعا ، فلو لم يقدم عليه ثبت لازمه لاستحالة ثبوت الملزوم دون لازمه الشرعي وإلا فلا لزوم ، فظهر أن الضرورة لاتندفع إلا بإثباته قبل الإيلاج ، بخلاف ما لو لم تحبل حيث يجب العقر ولو كانت مشتركة بين الأب والابن أو غيره تجب حصة الشريك الابن أو غيره من العقر ، وقيمة باقيها إذا حبلت لعدم تقديم الملك فى كلها لانتفاء موجبه وهو صيانة النسل إذ مافيها من الملك له يكفى لصحة الاستيلاد ، وإذا صح ثبت الملك فى باقيها حكما لا شرطا ، ثم مقتضى قوله أن لاتجب قيمة الولد بلا تردد كقولنا لكن فى قول تجب ولا يحد قاذفه اتفاقا لأن شبهة الخلاف فى أن الملك ثبت قبل الإيلاج أو بعده تسقط إحصانه (قوله ولو كان الابن زوّجها) أى زوّج أمته (إياه فولدت منه لاتكون أم ولد للأب ولا قيمة عليه للابن وعليه المهر له والولد حر) وهذا لأنه صح النكاح له خلافا للشافعي لأن عنده لايجوز تزوّج الأب جارية الابن . ومبنى الخلاف فيه أن الثابت للأب فى جارية ابنه حق ملك عنده فيمتنع تزويجه إياها كأمة مكاتبه والأمة المشتركة وحق التملك عندنا من وجه . واستدل عليه بأنه

على ماذكرنا (وكل ذلك غير ثابت للأب فيها حتى يجوز له التزوّج بها فلا بد من تقديمه) لأنه بعد ما علق الولد احتاج الأب إلى صيانته عن الضياع وذلك بثبوت النسب ، ولا ثبوت له بدون ذلك فقدم اقتضاء تقديم الشرط على المشروط ، وإذا قدم كان الوطء واقعا فى ملكه (فلا يلزمه العقر . وقال زفر والشافعي : يجب المهر لأنهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد) فإنه يسقط الإحصان بهذا الوطء ، ولو كان فى الملك لما سقط وحد قاذفه ، وقاساه بالجارية المشتركة فإنه إذا استولدها وجب عليه العقر (والمسئلة معروفة) يعنى فى شروح الجامع الصغير وغيرها أن الملك عندنا يثبت قبل الاستيلاد شرطا له ، وعنده بعده حكما له . والذى ذهبنا إليه هو الصواب لأنا قد اتفقنا على أن استيلاد الأب جارية ولده صحيح ، ومن شرط صحته وقوع الوطء فى الملك ، حتى لو خلا عنه أصلا لم يصح كما فى جارية الأجنبي فلا بد من تقديمه صيانة لفعله عن الحرمة وصيانة للولد عن الرق . وعورض بأن الجارية المشتركة بين الأب والابن إذا ولدت فادعاء الأب يثبت النسب ويجب العقر مع قيام نوع ملك ، وذلك يدل على أن الملك لم يثبت سابقا على الوطء ، وبأنه إذا وطئها غير معلق وجب العقر ، ولو ثبت الملك قبله لما وجب ، وبأنه إذا قذفه إنسان لايحد ، ولو ثبت الملك قبله لحد . وأجيب عن الأولى بأنا نقدم الملك احترازا عن وقوع الاستيلاد فى غير الملك حكما ، وفى تلك المسئلة نوع من الملك القائم فلا يحتاج إلى تقديمه . وعن الثانية بأن إثبات الملك بصفة التقدم كان لصيانة فعله عن الحرمة وصيانة الولد عن الرق ، وهذا المجموع ليس بموجود هنا . وعن الثالثة بأن تقدم الملك اجتهادى فكان فيه شبهة يندرئ بها الحد (ولو كان الولد زوّج جاريته إياه) أى أباه (فولدت لم تصر أمّ ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولده حر لأنه صح التزويج عندنا) وقال الشافعي : لايصح

كل وجه فمن المحال أن يملكها الأب من وجه ، وكذا يملك من التصرفات مالا يبقى معه ملك الأب لو كان فدل ذلك على انتفاء ملكه إلا أنه يسقط الحد للشبهة ، فإذا جاز النكاح صار ماؤه مصونا به فلم يثبت ملك اليمين فلا تصير أم ولد له ،

أى الابن يملك من التصرفات فيها مالا يبقى معه ملك الأب ، ولو قال مالا يجامعه ملك الأب كان أولى فلا يكون للأب فيها ملك من وجه ، فهذه التصرفات هى وطؤه إياها وانفراده بتزويجها وإعتاقها من غير أن يضمن للأب شيئا ، فهذه لوازم المركب من ملكه وعدم ملك الأب من كل وجه . وإذا ثبتت هذه الأحكام إجماعا لزم كون المراد بما رواه الإمام أحمد « أنت ومالك لأبيك » إثبات حق التملك لا حق الملك وهو لا يمنع صحة النكاح : ألا يرى أن الواهب يملك التزوّج بالموهوبة وله حق تملكها بالاسترداد ، وأصل الحديث فى السنن من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه « أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : يارسول الله إن لى مالا ووالدا وإن والدى يحتاج إلى مالى ، قال : أنت ومالك لأبيك » وروى « لوالدك ، إن أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من كسب أولادكم » وأما ما روى فيه من حديث عائشة عنه صلى الله عليه وسلم « ولد الرجل من كسبه من أطيب كسبه . فكلوا من أموالهم » فتعلقه بمجرد الأكل . فإن قيل : لانسلم أن حل الوطء وما معه دليل الملك من كل وجه لثبوت ذلك فى أم الولد والمدبرة مع عدمه بدليل عدم إجزائهما عن الكفارة . قلنا : بل هما مملوكتان من كل وجه ، وعدم الإجزاء لانعقاد سبب الحرية فيهما فكان نقصانا فى رقهما لا فى ملك السيد . واعلم أن المجاز لابد منه فى التركيب لأنه أضاف المال للابن بقوله ومالك وهو يفيد الملك لأنه حقيقة الإضافة فى مثله ، ثم أضافه مع الابن للأب باللام المفيدة للملك فى مثله والعطف عطف مفرد ، ولا يمكن حقيقة الملك فى الابن فلزم فى المال أيضا نفى حقيقة الملك وإلا كانت اللام لمعنيين مختلفين فى إطلاق واحد . بقى تعيين المعنى المجازى أهو حق الملك أو حق التملك ؟ فقد يقال : حق الملك أقرب إلى الحقيقة والمجاز الأقرب إليها أولى ، ولكن الأحكام التى ذكرناها تمنع حق الملك لأنه ملك من وجه وهى تمنعه ، وإذا لم يكن فيها حق الملك جاز النكاح وبه يصير ماؤه مصونا فلا تصير به أم ولد

لأنّ للأب حق الملك فى مال ولده ، حتى لو وطئ جاريته عالما بحرمتها عليه لم يلزمه الحد ، وكل من له حق الملك فى جارية لا يجوز تزوّجه إياها كالمولى إذا تزوّج أمة من كسب مكاتبه لأن حق الملك فى مال ولده أظهر ؛ ألا يرى أن استيلاده جارية الابن صحيح ، واستيلاد المولى أمة مكاتبه غير صحيح . ولنا أن أمة الابن خالية عن ملك الأب لأن الابن ملكها من كل وجه بدلالة حل الوطء ونفاذ العتق وصحة البيع والرهن والهبة (فمن المحال أن يملكها الأب بوجه) من الوجوه ، وإلا لما كان الابن ملكها من كل وجه وذلك خلف باطل (وكذا يملك) الابن (من التصرفات مالا يبقى معه ملك الأب لو كان فدل على انتفاء ملكه) وقوله (إلا أنه يسقط الحد للشبهة) جواب عن قول الخصم لو وطئ جاريته عالما بحرمتها عليه لم يحد ولم يذكره فى الكتاب ، وإذا كانت خالية عن ملكه صح النكاح ، وإذا صح النكاح صار ماؤه مصونا به (فلم يثبت ملك اليمين) لعدم الحاجة إليه (فلا تصير أم ولد له) وقال زفر : تصير أم ولد له لأنه لو استولدها بفجور صارت أم ولد له ، فإذا استولدها بالنكاح أو شبهة نكاح أولى أن تصير أم ولد له . ولنا ماذكرنا أن ماءه صار مصونا بالنكاح فلا يحتاج إلى ملك اليمين لأن إتيانه لم يكن إلا

(قوله ولنا أن أمة الابن خالية عن ملك الأب لأن الابن ملكها من كل وجه الخ) أقول : ليس فيما ذكره مايدل على نفى حق الملك ، إلا أن

ولا قيمة عليه فيها ولا فى ولدها لأنه لم يملكهما ، وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولدها حر لأنه ملكه أخوه فيعتق عليه . قال (وإذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه أعتقه عنى بألف ففعل فسد النكاح) وقال زفر رحمه الله : لايفسد . وأصله أن يقع العتق عن الآمر عندنا حتى يكون الولاء له ، ولو نوى به الكفارة يخرج عن عهدتها ، وعنده يقع عن المأمور لأنه طلب أن يعتق المأمور عبده عنه ، وهذا محال لأنه لا عتق فيما لايملك ابن آم فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المأمور . ولنا أنه أمكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء إذ الملك شرط لصحة العتق عنه فيصير قوله أعتق طلب التمليك منه بالألف ثم أمره باعتاق عبد الآمر عنه ، وقوله أعتقت تمليكا منه ثم الإعتاق

للأب ولا قيمة عليه فيها ولا فى ولدها لأنه لم يملكهما . وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولده حر لأنه ملكه أخوه فيعتق عليه . وما عن زفر أنها تكون أم ولد له لأنها لما كانت أم ولده بالفجور فأولى بالحل بعيد صدوره عنه فإن أمومية الولد فرع لملك الأمة وملكها ينافى النكاح ، وإنما يصح تفريعا على عدم صحة النكاح (قوله وإذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه أعتقه عنى بألف ففعل فسد النكاح) وكذا إذا كانت الأمة تحت حر فقال لسيدها ذلك فسد نكاحه (وقال زفر : لايفسد . وأصل الخلاف أن العتق فيه يقع عن الآمر عندنا حتى يكون ولاؤه له . ولو نوى به الكفارة تسقط عنه ، وعنده يقع عن المأمور ، لأنه طلب أن يعتق المأمور عبده عنه ، وهذا محال لأنه لاعتق فيما لايملك ابن آدم فيقع عن المأمور . ولنا أنه أمكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء) والمقتضى هو تصحيح كلامها صونا له عن اللغو إذ لامانع منه ، بخلاف مالو قال لعبده أعتق هذا العبد عن كفارة يمينك لايعتق المخاطب تصحيحا لكلام السيد لأن الحرية أصل للتكفير بالمال وأصل الشيء لايكون تبعا لفرعه ، ولو ثبت اقتضاء لصار تبعا له فامتنع لذلك . لايقال : ملك الآمر غير مستقر ومثله لايوجب انفساخ النكاح كالوكيل إذا اشترى زوجته لموكله لايفسد نكاحه مع ثبوت الملك أوّلا له . لأنا نقول : الملك ملزوم للانفساخ ، فإذا ثبت ثبت ، ألا يرى أن من قال لامرأته الأمة إذا اشتريتك فأنت حرة فاشتراها عتقت وفسد النكاح مع عدم استقرار ملكه وعدم الانفساخ فى مسئلة الوكيل لعدم ثبوت الملك أوّلا له بل ابتداء يثبت للموكل فى الصحيح كالعبد يتهب يقع الملك لمولاه ابتداء وإن وقع للوكيل لكنه يتعلق به حق الموكل حالة ثبوته ، ومثله لايوجب الفسخ إذ لم يخلص ثبوته ليخلص ثبوت الملزوم فيصير قوله أعتق طلب التمليك منه بالألف وأمره بإعتاقه عنه ، (وقوله أعتقت تمليكا منه) ضمنيا للإعتاق الصريح الواقع جوابا . واعلم أنه لوصرح بالبيع فقال بعتك وأعتقته لايقع عن الآمر بل عن المأمور فيثبت البيع ضمنا فى هذه المسئلة ولا يثبت صريحا كبيع الأجنة فى الأرحام ، وهذا لأن الثابت مقتضى يعتبر فيه شروط المتضمن لاشروط نفسه وشروط العتق الأهلية بالملك والعقل وعدم

لصيانة الماء . وقوله (ولا قيمة عليه فيها) ظاهر . وقوله (وإذا كانت الحرة تحت عبد) واضح إلا ألفاظا ننبه عليها . قوله (لصحة العتق عنه) أى عن الآمر . وقوله (أعتق طلب التمليك منه) تقديره أعتق عبدك الذى هو لك فى الحال عند بيعك لى إياه بطريق الوكالة عنى فيكون أمرا باعتاق عبد الآمر عنه. وقوله أعتقت يكون بمعنى قوله بعته منك وأعتقته عنك . فإن قيل: لوصرح بالبيع لم يقع العتق إلا عن المأمور بالاتفاق فلا يكون المقتضى أقوى من التصريح به . أجيب بأن الشيء قد يثبت ضمنا وإن لم يثبت صريحا ، كبيع الأجنة فى أرحام الأمهات

يقال : حق الملك يستدعى نوع ملك ، وإلا فلا يكون حق ملك بل حق التملك (قوله تقديره أعتق ، إلى قوله : بطريق الوكالة عنى) أقول : قوله بطريق الوكالة متعلق بقوله أعتق (قوله فإن قيل : لو صرح بالبيع لم يقع العتق إلا عن المأمور) أقول : لانتفاء القبول .

عنه ، وإذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافى بين الملكين (ولو قالت أعتقه عنى ولم تسم مالا لم يفسد النكاح والولاء للمعتق) وهذا عند أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : هذا والأول سواء لأنه يقدم التمليك بغير عوض تصحيحا لتصرفه ، ويسقط اعتبار القبض كما إذا كان عليه كفارة ظهار فأمر غيره أن يطعم عنه . ولهما أن الهبة من شرطها القبض بالنص فلا يمكن إسقاطه ولا إثباته اقتضاء لأنه فعل حسى ، بخلاف البيع لأنه تصرف

الحجر وهو ثابت فى المأمور . فإذا صرح به يثبت بشرط نفسه والبيع لايتم إلا بالقبول ولم يوجد فيعتق عن نفسه (قوله ولو قالت) ماتقدم كان إذا ذكر [1] مالا مع الأمر . فلو اقتصر على قوله أعتقه عنى ففعل المأمور : فعند أبى يوسف يقع عن الآمر ويتضمن الهبة ويسقط اعتبار القبض كما إذا كان عليه كفارة ظهار فأمر غيره أن يطعم عنه ففعل يسقط عن الآمر مع أنه لاقبض هنا منه . وعندهما عن المأمور . وحاصل وجههما أن فيه شرطا لايمكن إثباته اقتضاء وهو القبض لأنه فعل حسى غير القول ، والفعل الحسى لايوجد فى ضمن القول . ففعل اليد الذى هو الأخذ لايتصور أن يتضمنه فعل اللسان ويكون موجودا بوجوده . بخلاف القول فإنه يتضمن ضمن قول آخر ويعتبر مراده معه وهذا ظاهر . وقول أبى اليسر قول أبى يوسف أظهر لايظهر : بخلاف ماقاس عليه لأن الفقير يكون نائبا عن الآمر فيكون قابضا له ، ثم بالاستيفاء يصير قابضا لنفسه ، أما العبد فلا يقع فى يده شىء بالعتق ليمكن اعتباره قابضه نيابة أوّلا بل بالعتق تتلف ماليته ، والله أعلم .

يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا . وإذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافى بين الملكين على مامرّ فى فصل المحرمات عند قوله ولا يتزوّج المولى أمته ولا المرأة عبدها . فإن قيل : وجب أن لايبطل النكاح ههنا وإن ثبت ملك اليمين لوجهين أحدهما أن الملك ثابت ههنا بطريق الاقتضاء والثابت به ضرورى يثبت ضرورة صحة العتق فلا يتعدى إلى فساد النكاح . والثانى أن الملك ههنا كما ثبت يزول حكما للإعتاق . ومثله لايفسد النكاح كالوكيل بالشراء إذا اشترى منكوحته لموكله لايفسد النكاح لأن الملك كما ثبت زال . أجيب عن الأوّل بأن الشىء إذا ثبت ثبت بجميع لوازمه وفساد النكاح لازم من لوازم الملك اللازم للعتق ولازم اللازم لازم . وعن الثانى بأن الملك يثبت للموكل ابتداء وهو مختار شمس الأئمة وأبى طاهر الدباس . سلمنا أن الملك يثبت للوكيل ، لكن إنما لايفسد به النكاح لتعلق حق الغير به عند الثبوت وهو الموكل وما نحن فيه ليس كذلك . وقوله (لأنه) يعنى أبا يوسف (يقدم التمليك بغير عوض تصحيحا لتصرفه) أى لتصرف الآمر لما أن تصحيح كلام العاقل واجب مهما أمكن وقد أمكن ههنا بإسقاط اعتبار القبض لأنه شرط . وقد أمكن ذلك بإسقاط القبول الذى هو الركن ، فلأن يمكن بإسقاط الشرط أولى ، فصار (كما إذا كان عليه كفارة ظهار فأمر غيره أن يطعم عنه) ففعل سقط عنه الكفارة من غير تفرقة بين ما إذا كان الطلب بعوض أو بغيره (ولهما أن الهبة من شرطها القبض بالنص) وهو قوله صلى الله عليه وسلم «لاتصح الهبة إلا مقبوضة» (فلا يمكن إسقاطه ولا إثباته اقتضاء) وقوله إسقاطه ولا إثباته إشارة إلى أن فيه طريقين : أحدهما أن يسقط القبض كما يسقط القبول . والثانى أن يجعل القبض موجودا تقديرا . وقوله (لأنه فعل حسى) يعنى أنه

(قال المصنف ولو قالت أعتقه عنى ولم تسم مالا لم يفسد النكاح) أقول : فإن قيل : لم لم يقدموا البيع فى هذه المسئلة ، فإن ذكر الثمن لايلزم فى انعقاد البيع . قلنا المقصود تصحيح التصرف ، وإذا لم يذكر الثمن ينعقد البيع فاسدا على ماصرحوا به (قوله وقد أمكن ذلك بإسقاط القبول الذى هو الركن) أقول : القبول ركن زائد يوجد البيع بدونه كما فى البيع بالتعاطى .

---

(١) الضمير فى قوله (ذكر) واقتصر مذكر باعتبار الشخص ، فإن الذاكر والمقتصر فى هذه المسئلة هى المرأة كما لايخفى ، كتبه مصححه.

شرعى ، وفى تلك المسئلة الفقير ينوب عن الآمر فى القبض ، أما العبد فلا يقع فى يده شىء لينوب عنه .

(باب نكاح أهل الشرك)

(باب نكاح أهل الشرك)

لما فرغ من نكاح المسلمين بمرتبتيه من الأحرار والأرقاء شرع فى بيان نكاح الكفار مطلقا كتابيين أو غيرهم ، وهو المراد بأهل الشرك إما تغليبا وإما ذهابا إلى أن أهل الكتاب داخلون فى المشركين على ما اختاره بعض الصحابة وقد قدمناه فى فصل المحرّمات . وإما إطلاقا للمشركين عليهم باعتبار قول طائفة منهم عزير ابن الله والمسيح ابن الله ، تعالى الله ربّ العزة والكبرياء عن ذلك . وقدمنا أنه إنما أعقب باب المهر بفصل مهور الكفار تتميا لباب المهر تبعا . واعلم أن كل نكاح صحيح فى حق المسلمين فهو صحيح إذا تحقق بين أهل الكفر لتظافر الاعتقادين على صحته ولعموم الرسالة ، فحيث وقع من الكفار على وفق الشرع العام وجب الحكم بصحته ، وبه قال الشافعى وأحمد . وقال مالك : لاتصح أنكحتهم بناء على تناول الخطاب العام إياهم مع ملزومية أنكحتهم لعدم بعض الشروط كالولاية وشهادة المسلمين . واستشكله بعض المالكية لثبوت ولاية الكافر على الكافر ، ولعدم اشتراط الشهادة فى العقد عندهم . قال : ولو قلنا إنها شرط فإذا عقده جماعة من المسلمين ينبغى أن يصح لكنهم يطلقون عدم الصحة . قال : فينبغى أن يقال ماصادف شروط الصحة فهو صحيح ومالا ففاسد . ولنا قوله تعالى ـ وامرأته حمالة الحطب ـ وقوله صلى الله عليه وسلم « ولدت من نكاح لامن سفاح » وأسلم فيروز على أختين فقال صلى الله عليه وسلم « اختر إحداهما » وأسلم ابن غيلان على عشر فقال له صلى الله عليه وسلم « أمسك أربعا » الحديث . ومن حين ظهرت دعوته صلى الله عليه وسلم والناس يتواردون الإسلام إلى أن توفى صلى الله عليه وسلم على ماقيل عن سبعين ألف مسلم غير النساء ، ولم ينقل قط أن أهل بيت جددوا أنكحتهم بطريق صحيح ولا

ليس من جنس القول فلا يمكن أن يكون ثابتا فى ضمن قوله أعتقت هذا بالنسبة إلى الإثبات ، وأما بالنسبة إلى الإسقاط فيقال لأنه فعل حسى ، والفعل الحسى لايمكن اعتبار سقوطه ، بخلاف البيع فإنه تصرف شرعى فيصح أن يثبت فى ضمنه . قوله (وفى تلك المسئلة) أى مسئلة الأمر بالإطعام (الفقير ينوب عن الآمر فى القبض) كالفقير فى باب الزكاة ينوب قبضه عن الله تعالى ثم يصير قابضا لنفسه (أما العبد فلا يقع فى يده شىء) لأن الإعتاق إتلاف للملك ، وتمام تقرير هذه المسئلة يطلب فى التقرير .

(باب نكاح أهل الشرك)

لما ذكر باب نكاح الرقيق للمناسبة التى ذكرنا من هو أدون منزلة وأخس منهم رتبة وهم أهل الشرك الذين لاكتاب لهم)

(باب نكاح أهل الشرك)

(قوله لما ذكر باب نكاح الرقيق ، إلى قوله : وأخس منهم رتبة الخ) أقول : قال الله تعالى ـ ولعبد مؤمن خير من مشرك ـ (قوله وهم أهل الشرك الذين لاكتاب لهم) أقول : بل المراد من أهل الشرك الكافر مطلقا بطريق التغليب لعموم الأحكام المذكورة .

(وإذا تزوّج الكافر بلا شهود أو فى عدة كافر وذلك فى دينهم جائز ثم أسلما أقرا عليه) وهذا عند أبى حنيفة وقال زفر : النكاح فاسد فى الوجهين إلا أنه لايتعرّض لهم قبل الإسلام والمرافعة إلى الحكام . وقال أبو يوسف ومحمد فى الوجه الأول كما قال أبوحنيفة . وفى الوجه الثانى كما قال زفر . له أن الخطابات عامة على مامر من قبل فتلزمهم ، وإنما لايتعرض لهم لذمتهم إعراضا لاتقريرا ، فإذا ترافعوا أو أسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق . ولهما أن حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها ، وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيها ولم يلتزموا أحكامنا بجميع الاختلافات .

ضعيف ، ولو كان لقضت العادة بنقله ، فعلم أنه قول باطل (وقوله وإذا تزوّج الكافر بغير شهود أو فى عدة كافر وذلك فى دينهم جائز ثم أسلما أقرا عليه ؛ وهذا عند أبى حنيفة . وقال زفر : النكاح فاسد فى الوجهين) أى النكاح بغير شهود وفى عدة كافر (إلا أنا لانتعرض لهم قبل الإسلام أو المرافعة إلى الحكام) فالواو بمعنى أو (وقال أبو يوسف ومحمد فى الوجه الأول) وهو النكاح بلا شهود (كما قال أبوحنيفة وفى الوجه الثانى) وهو ما فى عدة كافر (كما قال زفر . لزفر أن الخطابات عامة على مامر) فى الفصل الذى بذيل باب المهر من وجوب ثبوت الحكم على العموم لعموم الخطابات وهم مخاطبون بالمعاملات والنكاح منها (وإنما لايتعرّض لهم لذمتهم إعراضا لا تقريرا ، فإذا ترافعوا أو أسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق) لقوله تعالى ـ وأن احكم بينهم بما أنزل الله ـ ولهما

(فإذا تزوّج الكافر بغير شهود أو فى عدة كافر وذلك فى دينهم جائز ثم أسلما أقرا عليه) قيد بعدة كافر لأنه لو كان فى عدة مسلم كان النكاح فاسدا بالإجماع كذا قيل ، وفيه نظر لأن كلامنا فى أهل الشرك ، ولا يجوز للمسلم نكاح المشركة حتى تكون فى عدته ، ويجوز أن يصوّر بأن أشركت بعد الطلاق والعياذ بالله وهى فى عدة المسلم (وهذا عند أبى حنيفة . وقال زفر : النكاح فاسد فى الوجهين ، إلا أنه لايتعرض لهم قبل الإسلام والمرافعة إلى الحكام . وقال أبو يوسف ومحمد فى الوجه الأول) وهو التزوّج بغير شهود (كما قال أبو حنيفة . وفى الوجه الثانى) وهو التزوّج فى عدة كافر آخر (كما قال زفر) قال زفر (الخطابات) كقوله صلى الله عليه وسلم « لا نكاح إلا بشهود » ونحوه (عامة كما مر من قبل فتلزمهم . وإنما لايتعرض لهم لذمتهم إعراضا) كما تركناهم وعبادة الصنم إعراضا (لا تقريرا . فإذا ترافعوا أو أسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق عملا بقوله تعالى ـ وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم ـ (ولهما أن حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيها) فإن مالكا وابن أبى ليلى يجوّزانه (ولم يلتزموا أحكامنا بجميع الاختلافات) ولكنا

(قوله وفيه نظر لأن كلامنا الخ) أقول : النظر مدفوع بما قلنا (قوله ويجوز أن يصور الخ) أقول : ويمكن أن يتصور ذلك بأن تكون كتابية تحت مسلم فطلقها فتزوجها مشرك لاكتاب له فى عدته وذلك فى دينه جائز فإنه فاسد (قوله بأن أشركت بعد الطلاق الخ) أقول: فإن قيل : فحينئذ تكون مرتدة لايجوز نكاحها . قلنا : لايضرنا ، غايته أن يكون عدم جوازه معللا بعلتين (قوله كما مر من قبل) أقول : فى فصل بذيل باب المهر (قال المصنف : فإذا ترافعوا أو أسلموا والحرمة قائمة) أقول : قال تاج الشريعة : أى العدة باقية حالة المرافعة ، أما إذا كانت العدة منقضية لايفرق بالإجماع اهـ . فيه بحث ، فإنه إذا انعقد فاسدا لاينقلب جائزا على ماعلم من أصل زفر فى البيع الفاسد وغيره . قال المصنف (ولهما أن حرمة نكاح المعتد مجمع عليها) أقول : قال الزيلعى : والخلاف فى صحة نكاحهم فى العدة بناء على أن العدة تجب عندهما ، وعنده لاتجب حتى لايثبت له الرجعة ، ولا يثبت نسب ولدها إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر . وقيل تجب عنده لكنها لاتمنع من صحة النكاح لضعفها كالاستبراء اهـ .

ولأبي حنيفة أن الحرمة لايمكن إثباتها حقا للشرع لأنهم لايخاطبون بحقوقه، ولا وجه إلى إيجاب العدة حقا للزوج لأنه لايعتقده، بخلاف ما إذا كانت تحت مسلم لأنه يعتقده، وإذا صح النكاح فحالة المرافعة والإسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها، وكذا العدة لاتنافيها كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة

وهو الفرق أن نكاح المعتدة مجمع على بطلانه عندنا فكانوا ملتزمين لها على مامر هناك أيضا من أن مذهبهما أن أهل الذمة التزموا أحكامنا فيما يرجع إلى المعاملات وهذا تقييد له حيث أفاد أنهم التزموا المجمع عليه في ملتنا لامطلقا (قوله ولأبي حنيفة أن الحرمة) أي حرمة النكاح بغير شهود ونكاح المعتدة (لايمكن إثباتها حقا للشرع) أي الشارع (لأنهم لايخاطبون بحقوقه ، ولا وجه إلى إيجاب العدة حقا للزوج لأنه لايعتقده ؛ بخلاف ما إذا كانت) الكتابية (تحت مسلم) طلقها فإنه تجب العدة حقا له (لأنه يعتقده) فلا يصح نكاح هذه الكتابية فيها (وإذا صح النكاح) حال صدوره (فحال المرافعة والإسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها) بل في ابتداء العقد لصحته (وكذا العدة لاتنافيها) أي لاتنافي حالة بقاء العقد (كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة) حيث يثبت وجوب العدة عليها حال قيام النكاح مع زوجها وحرمتها عليه ؛ وهذا التقرير يفيد أن العدة لاتجب أصلا عنده حتى لايثبت للزوج الرجعة بمجرد طلاقها لأنه إنما يملكها في العدة، ولا يثبت نسب ولدها إذا أتت به بعد الطلاق لأقل من ستة أشهر . وبه قالت طائفة من المشايخ . وقيل تجب عدة لكنها ضعيفة لاتمنع من صحة النكاح لضعفها كالاستبراء يجوز تزويج الأمة في حال قيام وجوبه على السيد . وقيل الأليق الأول لما عرف من وجوب تركهم وما يدينون به ؛ وفيه نظر

لانتعرض لهم لمكان عقد الذمة ، فإذا ترافعا أو أحدهما أو أسلم والعدة غير منقضية فرق بينهما كما في نكاح المحارم . وأما إذا كان الإسلام والمرافعة بعد انقضائها فلا نفرق بينهما بالإجماع . ولأبي حنيفة أن حرمة النكاح إنما هي للعدة لكونه نكاح المنكوحة من وجه . وثبوت العدة إما أن يكون للشرع أو للزوج لا سبيل إلى الأول (لأنهم لايخاطبون بحقوقه) ولهذا لايتعرض لهم في الخمر والخنزير ، ولا إلى الثاني (لأنه لايعتقده) لأن هذا الوضع على ذلك الفرض وكأن النكاح وقع ابتداء صحيحا لوجود المقتضي وهو صدور الركن من أهله مضافا إلى محله وانتفاء المانع (بخلاف ما إذا كانت تحت مسلم) فإن المانع متحقق وهو اعتقاد الحرمة ، وإذا صح ابتداء لايرتفع بالإسلام والمرافعة لأن ذلك حالة البقاء (والشهادة ليست شرطا فيها) ولهذا لو مات الشهود لم يبطل النكاح (وكذا العدة لاتنافي حالة البقاء كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة) يجب عليها العدة صيانة لحق الواطئ ولا يبطل النكاح القائم ؛

وأنت خبير بأنه لايظهر وجه عدم ثبوت النسب على القول الأول (قال المصنف : لأنهم لايخاطبون بحقوقه الخ) أقول : قال ابن الهمام : وهذا التقرير يفيد أن العدة لاتجب أصلا عنده حتى لايثبت للزوج الرجعة بمجرد طلاقها ، لأنه إنما يملكها في العدة ولا يثبت نسب ولدها إذا أتت به بعد الطلاق لأقل من ستة أشهر ، وبه قالت طائفة من المشايخ ، وقيل تجب عدة لكنها ضعيفة لاتمنع صحة النكاح لضعفها كالاستبراء يجوز تزويج الأمة في حال قيام وجوبه على السيد اهـ . وأشار المصنف إلى هذا أيضا في تتمة التعليل ، لكنهم صرحوا في باب المحرمات أنه مستحب لا واجب فليتأمل ، ثم في قوله لأقل من ستة أشهر بحث (قال المصنف : لأنه لايعتقده) أقول : قال الإتقاني : أي لايعتقد الكافر العدة وتذكير الضمير على تأويل الاعتداد اهـ . والأحسن أن يقال : الضمير راجع إلى وجوب العدة المدلول عليه بسياق الكلام (قال المصنف : وإذا صح النكاح فحالة المرافعة الخ) أقول : قال الزيلعي : وفي النهاية معزيا إلى المبسوط أن الاختلاف بينهم فيما إذا كانت المرافعة أو الإسلام والعدة غير منقضية ، وأما إذا كانت المرافعة والإسلام بعد انقضاء العدة لايفرق بالإجماع اهـ . وفي كلام المصنف وكذا العدة الخ إشارة إلى ذلك (قوله بخلاف ما إذا كانت تحت مسلم الخ) أقول : يلزم على مااختاره الشارح أن تكون المشركة تحت المسلم

(فإذا تزوّج المجوسى أمه أو ابنته ثم أسلما فرّق بينهما) لأن نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا فى العدة ووجب التعرض بالإسلام فيفرّق . وعنده له حكم الصحة

لأن تركهم تحرزا عن الغدر لعقد الذمة لايستلزم صحة ماتركوا وإياه كالكفر تركوا وإياه وهو الباطل الأعظم ، ولو سلم لم يستلزم عدم ثبوت النسب فى الصورة المذكورة لجواز أن يقال لاتجب ، وإذا علم من له الولد بطريق آخر وجب إلحاقه به بعد كونه عن فراش صحيح : ومجيئها به لأقل من ستة أشهر من الطلاق مما يفيد ذلك فيلتحق به وهم لم ينقلوا عن أبى حنيفة ثبوته ولا عدمه ، بل اختلفوا أن قوله بالصحة بناء على عدم وجوبها فيتفرع عليه ذلك أولا فلا ،فلنا أن نقول بعدمها ويثبت النسب فى الصورة المذكورة . وفى المبسوط أن الخلاف بينهم فيما إذا كانت المرافعة أو الإسلام والعدة قائمة : أما إذا كان بعد انقضائها فلا يفرق بالإجماع . ثم هنا نظران : الأول مقتضى توجيه أبى حنيفة أن الكفار لايخاطبون بالمعاملات ، وهو خلاف ماذكره المشايخ فى الأصول من أن الاتفاق على أنهم مخاطبون بها فى أحكام الدنيا ، والمسألة ليست محفوظة عن المتقدمين وإنما استنبطها مشايخ بخارى من بعض تفريعاتهم ، كمن نذر صوم شهر ثم ارتد ثم أسلم لايلزمه النذر بعد ذلك : والعراقيون على أنهم مخاطبون بالكل . وإنما قلنا إنه خلافه لأن النكاح من المعاملات . وكونه من حقوق الشرع لاينافى كونه معاملة فيلزم اتفاق الثلاثة على أنهم مخاطبون بأحكام النكاح ، غير أن حكم الخطاب إنما يثبت فى حق المكلف ببلوغه إليه ، والشهرة تنزل منزلته وهى متحققة فى حق أهل الذمة دون أهل الحرب فمقتضى النظر التفصيل . الثانى أن نفى أبى حنيفة العدة هنا إنما هو فيما إذا كانوا يعتقدون عدمها ، ومقتضاه إذا كانوا يعتقدون وجوبها أن لايصح ، ويجب التجديد بعد الإسلام لأنه حين وقع كان باطلا فيلزم فى المهاجرة لزوم العدة إذا كانوا يعتقدون لأن المضاف إلى تباين الدار الفرقة لانفى العدة . وتعليل النفى هناك بقول المصنف لأنها وجبت إظهارا لخطر النكاح السابق ، ولا خطر لملك الحربى بالآية . قد يشكل عليه بقاء ملكه للنكاح إذا سبى الزوجان معا : وسنذكر له تتمة (قوله فإذا تزوّج مجوسى أمه أو بنته) أو مطلقته ثلاثا أو جمع بين خمس أو أختين فى عقدة (ثم أسلما) أو أحدهما (فرق بينهما) إجماعا (لأن نكاح المحارم) وما معه (له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا) يعنى فى قوله فى المسألة التى قبلها أن

وهذا كما ترى يشير إلى أن العدة لاتجب عن الكافر وهو الأصح : وقال بعضهم : تجب لكنها ضعيفة لاتمنع النكاح بناء على اعتقادهم كالاستبراء فيما بين المسلمين فكان النكاح صحيحا فى الابتداء وحالة الإسلام والمرافعة حالة بقاء وهى لاتستلزم الشروط ولا تنافى العدة على ماقلنا . فإن تزوّج المجوسى إحدى محارمه أو خامسة ثم أسلم أحدهما أو ترافعا فرق بينهما : وما داما على الكفر ولم يترافعا لايتعرض لهما وهذا بالاتفاق ، لكن عندهما باعتبار أن لنكاح المحارم حكم البطلان فيما بينهم لكونه مجمعا عليه كما فى المعتدة ، وإذا أسلم وجب التعرض به والتفريق ؛

(قوله وهذا كما ترى يشير إلى أن العدة لاتجب عن الكافر الخ) أقول : يعنى قوله إن الحرمة لايمكن إثباتها ، إلى قوله : بخلاف ماإذا كانت تحت مسلم . ثم أقول : أنت خبير بأن قوله وكذا العدة الخ يشير إلى وجوبها ، فالمصنف جمع بين القولين حيث جعل أول التعليل بتعليل البعض وأتم آخره بتعليل البعض الآخر ، كذا فى النهاية ، وقد سنح لخاطرى قبل أن أراه ولله المنة (قوله وقال بعضهم : تجب لكنها ضعيفة لاتمنع النكاح بناء على اعتقادهم كالاستبراء فيما بين المسلمين الخ) أقول : لكن صرح الشارح وغيره فى باب المحرمات بأن استبراء السيد ليس بواجب بل مستحب ، وأن لفظة على بمعنى الاستحباب ، إلا أن يقال : التشبيه بالاستبراء ليس إلا فى عدم منع النكاح دون الوجوب فليتأمل

فى الصحيح إلا أن المحرمية تنافى بقاء النكاح فيفرق، بخلاف العدة لأنها لاتنافيه ، ثم بإسلام أحدهما يفرق بينهما وبمرافعة أحدهما لايفرق عنده خلافا لهما، والفرق أن استحقاق أحدهما لايبطل بمرافعة صاحبه إذ لايتغير به اعتقاده، أما اعتقاد المصر لايعارض إسلام المسلم لأن الإسلام يعلو ولا يعلى، ولو ترافعا يفرق بالإجماع ،

أهل الذمة التزموا المجمع عليه عندنا ، وهذه الأنكحة مجمع على بطلانها فيلزم حكمها ، وعلى ماحققنا من أن الكفار إما مخاطبون بالكل كقول العراقيين أو بالمعاملات كقول البخاريين يجب الاتفاق بين الثلاثة على أن له حكم البطلان باعتبار شيوع خطابات الأحكام فى دارنا فتجعل نازلة فى حقهم ، إذ ليس فى وسع المبلغ سوى إشاعته دون أن يوصله إلى كل واحد ، غير أنا تركناهم وما يدينون بأمر الشرع ، فإذا أسلما أو أسلم أحدهما وجب التفريق . وأما على مااختاره القاضى أبو زيد وأتباعه وجعله المصنف وغيره الصحيح من أن له حكم الصحة عنده حتى تجب النفقة إذا طلبت ولا يسقط إحصانه بالدخول فيه ، حتى لو أسلم فقذفه إنسان يحد خلافا لمشايخ العراق القدورى وغيره فإنهم لايوجبون النفقة والإحصان بناء على أن الخطاب غير نازل فى حقهم لإنكارهم مع عدم ولاية الإلزام ، فلأن المحرمية تنافى البقاء كما تنافى الابتداء لكونها عدم المحل ؛ وأنت علمت أن هذا كله خلاف مقتضى النظر كما ينبغى أن يكون هو الوجه المختار ، وإنما يصح ذلك فى الحربيين لعدم شيوع الخطاب فى دار الحرب ولأنه لايبلغهم فلا يثبت حكمه فى حقهم فيجب التعليل بمنافاة المحرمية كما ذكرناه . وأما إذا ترافعا فعلى الاعتبارين يفرق بينهما لأنهما رضيا بحكم الإسلام فالقاضى كالمحكم . وأما بمرافعة أحدهما فقالا كذلك يفرق كإسلام أحدهما . وعند أبى حنيفة لا للفرق بين إسلام أحدهما ورفعه لأن بإسلام أحدهما ظهرت حرمة الآخر عليه لتغير اعتقاده (واعتقاد المصر لايعارض إسلام المسلم لأن الإسلام يعلو ولا يعلى) بخلاف مرافعة أحدهما ورضاه فإنه لايتغير به اعتقاد الآخر فبقى الأمر الشرعى بعدم التعرض له بلا معارض . والأوجه تخريج الخلاف فى مرافعة أحدهما على الخلاف فى أنه حين صدر كان باطلا عندهما ، لكن ترك التعرض للوفاء بالذمة ، فإذا انقاد أحدهما لحكم الإسلام كان كإسلامه وعنده كان صحيحا ، ورفع أحدهما لايرجحه على الآخر فى إبطال استحقاقه بل يعارضه الآخر فيبقى الحكم على الصحة ، هذا كله بعد الإسلام أو المرافعة ، أما إذا لم يكن أحدهما فلا تفريق إلا فى قول أبى يوسف الآخر على مافى المبسوط فى الذميين أنه يفرق إذا علم ذلك . لما روى : أن عمر كتب إلى

وكذلك بالمرافعة ، وأما عنده فله حكم الصحة فى الصحيح بناء على ما ذكرنا أن الحرمة إما أن تكون للشرع أو للزوج الخ . وقوله (فى الصحيح) احتراز عن قول مشايخ العراق إن له حكم الفساد عنده لأنه لو كان له حكم الصحة لما فرق بينهما فى البقاء. وقوله (إلا أن المحرمية) جواب عن هذا التشكيك . ووجهه أن المحرمية (تنافى بقاء النكاح) كما لو اعترضت على نكاح المسلمين برضاع أو مصاهرة (فيفرق) بينهما (بخلاف العدة لأنها لاتنافيه) كما مر (ثم بإسلام أحدهما يفرق بينهما) بالاتفاق (و) كذلك (بمرافعة أحدهما) وطلب حكم الإسلام عندهما لأن إسلام أحدهما كإسلامهما فى جواز التفريق فكذلك رفع أحدهما يكون كرفعهما لأنه برفعه انقاد لحكم الإسلام كما إذا أسلم . وأما عند أبى حنيفة فلا يفرق برفع أحدهما لأن الآخر قد استحق باعتقاده بقاء هذا النكاح واستحقاقه لايبطل بمرافعة الآخر (إذ لايتغير به اعتقاده) بل يعارضه بخلاف الإسلام فإن اعتقاد المصر لايعارض إسلام المسلم

(قوله أو للزوج الخ) أقول : فيه أن هذا غير محتمل هنا (قال المصنف : إذ لايتغير به) أقول : ذكر ضمير المرافعة على تأويل الرفع

لأن مرافعتهما كتحكيمهما (ولا يجوز أن يتزوّج المرتد مسلمة ولا كافرة ولأمرتدة) لأنه مستحق للقتل والإمهال ضرورة التأمل والنكاح يشغله عنه فلا يشرع فى حقه (وكذا المرتدة لايتزوّجها مسلم ولا كافر) لأنها محبوسة للتأمل وخدمة الزوج تشغلها عنه، ولأنه لاينتظم بينهما المصالح ، والنكاح ماشرع لعينه بل لمصالحه (فإن كان أحد الزوجين مسلما فالولد على دينه ، وكذلك إن أسلم أحدهما وله ولد صغير صار ولده مسلما بإسلامه)

عماله : أن فرّقوا بين المجوس ومحارمهم . أجيب بأنه غير مشهور بل المعروف ماكتب عمر بن عبد العزيز إلى الحسن البصرى : ما بال الخلفاء الراشدين تركوا أهل الذمة وما هم عليه من نكاح المحارم واقتناء الخمور والخنازير ، فكتب إليه : إنما بذلوا الجزية ليتركوا ومايعتقدون ، وإنما أنت متبع ولست بمبتدع والسلام . ولأن الولاة والقضاة من وقت الفتوحات إلى يومنا هذا لم يشتغل أحد منهم بذلك مع علمهم بمباشرتهم ذلك فحل محل الإجماع . وفى الغاية معزيا إلى المحيط : لو طلبت المطلقة ثلاثا التفريق يفرق بينهما ، وكذا فى الخلع : يعنى إذا اختلعت من زوجها الذمى ثم أمسكها فرفعته إلى الحاكم فإنه يفرق بينهما لأن إمساكها ظلم وما أعطيناهم العهد على تقريرهم على الظلم ، وكذا فى المطلقة الثلاث لأنهم يعتقدون أن الطلاق مزيل للملك وإن لم يعتقدوا خصوص عدد . وفى النهاية لو تزوج أختين فى عقدة ثم فارق إحداهما ثم أسلم أن الباقية نكاحها على الصحة حتى أقرا عليه اهـ . وينبغى على قول مشايخ العراق وما ذكرنا من التحقيق أن يفرق لوقوع العقد فاسدا ووجب التعرض بالإسلام (قوله ولايجوز أن يتزوّج المرتد مسلمة ولا كافرة) أما المسلمة فظاهر لأنها لاتكون تحت كافر . وأما الكافر فلأنه مقتول معنى ، وكذا المرتدة لاتزوج أصلا لأنها محبوسة للتأمل ، ومناط المنع مطلقا عدم انتظام مقاصد النكاح وهو لم يشرع إلا لها فكان أحق بالمنع من منع تزوّج المرأة عبدها وبالعكس (قوله فإن كان أحد الزوجين مسلما فالولد على دينه) يتحقق من الطرفين فى الإسلام العارض بأن كانا كافرين فأسلمت أو أسلم ثم جاءت بولد قبل العرض على الآخر والتفريق أو بعده فى مدة يثبت النسب فى مثلها أو كان بينهما ولد صغير قبل إسلام أحدهما فإنه بإسلام أحدهما صار ذلك الولد مسلما ، هذا إذا كانا فى دار واحدة ؛ أما لو تباينت دارهما بأن كان الأب فى دار الإسلام والولد فى دار الحرب أو على العكس فإنه لايصير مسلما بإسلام أبيه ؛ وسنذكرها فى السير فى فصل من باب المستأمن إن شاء الله تعالى . وأما فى الإسلام الأصلى فإنه إنما يتحقق بأن تكون الأم كتابية والأب مسلم ، فما جاءت به فهو مسلم ، وحينئذ لاحاجة إلى التنصيص على هذه المسئلة بقوله وكذلك إذا أسلم أحدهما الخ ، فإنها داخلة فى عموم الأولى ومن أفرادها ؛ وهذه إجماعية فقسنا عليها ما إذا كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا ، أما أو أبا فحكمنا

إذ الإسلام يعلو ولا يعلى ، وأما إذا ترافعا فلا بدّ من التفريق بينهما بالإجماع (لأن مرافعتهما كتحكيمهما) ولو حكما رجلا وطلبا منه حكم الإسلام له أن يفرق بينهما فالقاضى أولى بذلك لعموم ولايته . وقوله (ولا يجوز أن يتزوّج المرتد) واضح . وقوله (بل لمصالحه) يريد به السكنى والازدواج والتوالد والتناسل . وقوله (فإن كان أحد الزوجين مسلما فالولد على دينه) قيل كيف يصح هذا التعميم ولا وجود لنكاح المسلمة مع كافر أىّ كافر كان . وأجيب بأن هذا محمول على حالة البقاء بأن أسلمت المرأة ولم يعرض الإسلام على الزوج بعد فجاءت بولد .

(قوله وأجيب بأن هذا محمول على حالة البقاء بأن أسلمت المرأة ولم يعرض الخ) أقول : هذا الحكم يستفاد من قوله وكذا إذا أسلم أحدهما بطريق الدلالة كما لايخفى ، ولا يبعد أن يقال : محمل المسئلة ماإذا تزوج الكافر بالمسلمة بالقهر والغلبة كما وقع فى الفتن التتارية ، عليهم

لأن في جعله تبعاله نظرا له (ولو كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا فالولد كتابي) لأن فيه نوع نظر له إذ المجوسية شر ، والشافعي يخالفنا فيه للتعارض ونحن بينا الترجيح (وإذا أسلمت المرأة وزوجها كافر عرض عليه الإسلام

بأن الولد كتابي بجامع الأنظر للولد في الدنيا بالاقتراب من المسلمين بالأحكام من حل الذبيحة والمناكحة ، وفي الأخرى بنقصان العقاب إذ الكتابية أخف شرا من المجوسية فيثبت الولد كذلك ويتبعه في الأحكام (والشافعي يخالفنا فيه) أي فيما إذا كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا فيقول فيما إذا كان الأب كتابيا والأم مجوسية إنه مجوسي في أصح قوليه ، وبه قال أحمد تغليبا للتحريم . وقوله الآخر إنه كتابي تبعا لأبيه ، وبه قال مالك لأن الانتساب إلى الأب ولو كانت الأم كتابية والأب مجوسي فهو تبع له قولا واحدا فلا تحل مناكحته ولا ذبيحته فقد جعله مجوسيا مطلقا . وقوله للتعارض ، أي تعارض الإلحاقين : أي الإلحاق بأحدهما يوجب الحرمة وبالآخر يوجب الحل فيغلب موجب الحرمة وهو بالإلحاق بالمجوسي (ونحن بينا الترجيح) بالقياس بجامعه ، وهذه الأحكام إنما تثبت تبعا ، والمقصود الأصلي إثبات ديانته على وجه النظر له على ما بينا . وأيضا قوله صلى الله عليه وسلم « كل مولود يولد على الفطرة حتى يكون أبواه هما اللذان يهوّدانه » الحديث ، جعل اتفاقهما ناقلا له عن الفطرة . فإذا لم يتفقا بقي على أصل الفطرة أو على ما هو أقرب إلى أصل الفطرة كذا قيل ، ولا يخفى ما فيه . وأما ما قيل في ترجيح ترجيحنا على ترجيح الشافعي بأن ترجيحه يرفع التعارض وترجيحنا يدفعه فلا حاصل له إذا تأملت . واعلم أن التعارض هنا تجوّز . فإن ثبوته بثبوت المتعارضين مستلزمين لحكمهما وليس هنا إلا ثبوت حكم على تقدير اعتبار ، وضده على تقدير آخر ، فلما اشترك مع المعارضة في ترجيح أحدهما بالقول به سمي تعارضا ، وإلا فالتعارض تقابل الحجتين على السواء وليس هنا حجة فضلا عن ثنتين (قوله وإذا أسلمت المرأة وزوجها كافر) سواء كان كتابيا أو غيره ، إذ لا يصح تزوج الكافر مطلقا مسلمة ، ولو وقع عوقب وعوقبت أيضا إن كانت عالمة بحاله والساعي بينهما أيضا امرأة أو رجلا ، ولا يصير به ناقضا لعهده إن كان ذميا فلا يقتل خلافا لمالك ؛ قاسه على ما إذا جعل نفسه طليعة للمشركين بجامع أنه باشر ما ضمن بعقد الذمة أن لا يفعله . قلنا : كالتزام المسلم بالإسلام أن لا يفعل محظوره ، وبفعله لا يصير شرعا ناقضا لإيمانه فبفعل الذمي ما التزم بعقد الذمة أن لا يفعله لا يصير ناقضا لأمانه ، وقتل الطليعة لأنه محارب معنى ، ولو أسلم بعد النكاح لا يقران عليه ولا يلحقه إجازة لأنه وقع باطلا . وقال في إسلام الرجل وتحته مجوسية لأن كفر المرأة مطلقا لا يمنع تزوج المسلم بل غير الكتابية فلهذا

وقوله (والشافعي يخالفنا فيه) أي في جعل الولد تبعا للكتابي (للتعارض) جعله تبعا للكتابي يوجب حل الذبيحة والنكاح ، وجعله تبعا للمجوسي يوجب حرمة ذلك فوقع التعارض إذ الكفر ملة واحدة والترجيح للمحرم (ونحن بينا الترجيح) وهو قوله لأن فيه نوع نظر . فإن قلت : على ما ذكرت كل واحد منا ومن الخصم ذهب إلى نوع ترجيح فمن أين تقوم الحجة ؟ قلنا ترجيحنا يدفع التعارض وترجيحه يرفعه بعد وقوعه والدفع أولى من الرفع لأن كم من واقع لا يرفع . قال (وإذا أسلمت المرأة وزوجها كافر) أطلق الكفر في قوله وزوجها كافر لعدم بقاء نكاح المسلمة مع كافر أي كافر كان ؛ وقيد الزوجة بالمجوسية لأنها إن كانت كتابية فلا عرض ولا

لعائن الله تترى (قوله إذ الكفر ملة واحدة الخ) أقول : فيه بحث ، فإن ذلك عندنا ، وأما عنده فلل شتى ، والتفصيل في باب المرتدين من الكافي وغيره على أن إثبات المدعى لا يتوقف عليه حتى يعلل به ، فإنه لا يمكن أن يقال : أحدهما خير من الآخر حتى يترجح به .

فإن أسلم فهى امرأته ، وإن أبى فرّق القاضى بينهما ، وكان ذلك طلاقا عند أبى حنيفة ومحمد ، وإن أسلم الزوج وتحته مجوسية عرض عليها الإسلام ، فإن أسلمت فهى امرأته ، وإن أبت فرّق القاضى بينهما ولم تكن الفرقة طلاقا) وقال أبو يوسف : لاتكون الفرقة طلاقا فى الوجهين ، أما العرض فمذهبنا ، وقال الشافعى : لايعرض الإسلام لأن فيه تعرضا لهم وقد ضمنا بعقد الذمة أن لا نتعرض لهم ، إلا أن ملك النكاح قبل الدخول غير متأكد فينقطع بنفس الإسلام ، وبعده متأكد فيتأجل إلى انقضاء ثلاث حيض كما فى الطلاق .

فرضها فى المجوسية . وحاصل المسئلة أنه إذا أسلم أحد الزوجين اللذين هما مجوسيان أو الزوجة منهما مجوسية والزوج كتابى أو الزوجة من الكتابيين أو الزوجة الكتابية والزوج مجوسى عرض على المصرّ الإسلام إذا كان بالغا أو صبيا يعقل الأديان لأن ردّته معتبرة فكذا إباؤه والنكاح قائم ، فإن أبى فرّق بينهما ، وإن كان الصبى مجنونا عرض على أبويه ، وينبغى أن يكون معنى هذا أن أىّ الأبوين أسلم بقى النكاح لأنه يتبع المسلم منهما وإن لم يكن مجنونا لكنه لايعقل الأديان بعد انتظر عقله لأن له غاية معلومة ، بخلاف الجنون ، هذا على قولهما . أما على قول أبى يوسف فاختلف المشايخ فى إباء الصبى ، قيل لايعتبر كما لا تعتبر ردته عنده ، وقيل يعتبر ، وصححه بعضهم وفرق بينه وبين الردّة وحكم الصبية كالصبى وما لم يفرق القاضى هى امرأته حتى لو مات الزوج قبل أن تسلم امرأته الكافرة وجب لها المهر وإن لم يدخل بها لأن النكاح كان قائما ويتقرر بالموت . وقال الشافعى : لايعرض على المصرّ لأنه تعرّض منهى عنه ، بل إن كان الإسلام قبل الدخول انقطع النكاح فى الحال لعدم تأكده وإن كان بعده تأجل إلى انقضاء ثلاثة أطهار . وقول المصنف ثلاث حيض لايتأتى على مذهبه فى العدّة ، فإن لم يسلم تزوّجت . قلنا : اعتبار انقضاء العدة قبل الفرقة وإضافة انقطاع النكاح إلى الإسلام لانظير له فى الشرع ولا أصل يلحق به قياسا بجامع صحيح ولا سمعى يفيده ، بل الثابت شرعا اعتبار العدة بعد الفرقة . ولنا أنه لابد من سبب تضاف الفرقة إليه والإسلام عاصم . قال صلى الله عليه وسلم « فإذا قالوها فقد عصموا منى دماءهم وأموالهم » واختلاف الدين منتقض بتزوّج المسلم كتابية ، ولأنه يرجع إلى إسلام المسلم لأنه الذى به حصل الاختلاف ، وكفر المصرّ لايمنع وإلا لم يصح النكاح من الأصل فلم يبق إلا إباء الإسلام لأنه يصلح قاطعا فأضفنا انقطاع النكاح إليه فكان هو المناسب .. وفى الموطإ عن ابن شهاب الزهرى أن ابنة الوليد بن المغيرة كانت تحت صفوان بن أمية فأسلمت يوم الفتح وهرب زوجها صفوان بن أمية من الإسلام فلم يفرّق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينه وبين امرأته حتى أسلم صفوان واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح والتعرض الممتنع الجبر ، أما نفس الكلام معه تخييرا لايمتنع ولأنه استعلام حكم شرعى هل تزل بالمرأة أو لا ، ثم تأيد بما ذكره الطحاوى وابن العربى فى المعارضة أن عمر فرق بين نصرانى وبين نصرانية بإبائه عن الإسلام . وذكر أصحابنا أن رجلا من تغلب أسلمت امرأته وهى نصرانية فرفعت إلى عمر بن الخطاب فقال له أسلم وإلا فرّقت بينكما فأبى ، ففرق بينهما ، وظهر حكمه بينهم ، ولم ينقل خلاف أحد له (قوله وكان ذلك) يعنى تفريق القاضى عند إباء الزوج (طلاقا) بائنا . والحاصل أن أبا يوسف لايفرق بين التفريق فى الصورتين

تفريق وكلامه واضح . وقوله (كما فى الطلاق) يريد أن نفس الطلاق قبل الدخول يرفع النكاح وبعده لايرفع إلا بعد انقضاء العدة . وقوله (إلى انقضاء ثلاث حيض) ليس بصواب لأن العدة عنده بالأطهار ، وقيل معناه : وكان الشافعى يقول ينبغى أن يتأجل عندكم إلى انقضاء ثلاث حيض ، ويجوز أن يقال هذه المدة لم تعتبر للعدة بل

(قوله ويجوز أن يقال هذه المدة لم تعتبر للعدة الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه يقول : إذا حاضت بعد إسلام من أسلم منهما ثلاث حيض انقضت

ولنا أن المقاصد قد فاتت فلا بدّ من سبب يبتنى عليه الفرقة ، والإسلام طاعة لايصلح سببا فيعرض الإسلام لتحصل المقاصد بالإسلام أو تثبت الفرقة بالإباء . وجه قول أبى يوسف

فيجعله فسخا لاينقص شيئا من عدد الطلاق ، وأبوحنيفة ومحمد يجعلان الفرقة بإباء الزوج طلاقا وبإباء المرأة فسخا . لأبى يوسف أن الفرقة بسبب يشتركان فيه . يعنى الإباء فإنه ممن أسلم عن الكفر وممن لم يسلم عن الإسلام أو هو على معنى أنه يمكن تحققه من كل منهما ، فإذا وجد منه لايكون طلاقا فإنه يوجد منها ولا يكون طلاقا ، والفرض وحدة السبب فصار كالفرقة بسبب الملك وخيار البلوغ والمحرمية بالرضاع فإنهما يشتركان فيه بمعنى أنه يتحقق سببا من كل منهما فكان فسخا . ولهما أنه فات الإمساك بالمعروف فوجب التسريح بإحسان ، فإن طلق وإلا ناب القاضى منابه فى ذلك فيكون طلاقا إذا كان نائبا عمن إليه الطلاق ، لأنه إنما ينوب عنه فيما إليه التفريق به والذى إليه الطلاق . وأما المرأة فالذى إليها عند قدرتها على الفرقة شرعا الفسخ ، فإذا أبت ناب القاضى منابها فيما إليها التفريق به فلا تكون الفرقة إلا فسخا فالقاضى نائب منابهما فيهما ، بخلاف ما قاس عليه من الملك والمحرمية فإن الفرقة فيهما لابهذا المعنى بل للتنافى . وأما خيار البلوغ فإن ملك الفرقة فيه لتطرق الخلل إلى المقاصد بسبب قصور شفقة العاقد لقصور قرابته . وعلى اعتبار تحقق هذا التطرق لايكون للنكاح انعقاد من الأصل ، فالوجه فى الفرقة الكائنة عنه كونها فسخا ، وبخلاف ردته أيضا على قول أبى حنيفة لأن الفرقة فيها للتنافى : أى هى تنافى النكاح ابتداء فكذا بقاء ، ولذا لايحتاج فى ذلك كله إلى حكم الحاكم ؛ وإنما احتيج إليه فى خيار البلوغ لأنه لدفع ضرر خفى ، والضرر فى هذه جلى ولا يحتاج إليه فى الإباء ، فعلم أن الإباء غير مناف للنكاح .

[فرع] يقع طلاق زوج المرتدة وزوج المسلمة الآبى بعد التفريق عليهما ما دامتا فى العدة ، أما فى الإباء فلأن الفرقة بالطلاق ، وأما فى الردّة فلأن الحرمة بالردة غير متأبدة فإنها ترتفع بالإسلام فيقع طلاقه عليها فى العدة مستتبعا فائدته من حرمتها عليه بعد الثلاث حرمة مغياة بوطء زوج آخر ، بخلاف حرمة المحرمية فإنها متأبدة لاغاية

للتفريق وما لم يعتبر لها يعتبر فيه الحيض كما فى الاستبراء (ولنا أن المقاصد) بالنكاح (قد فاتت) وتقريره بإسلام المرأة أوزوج المجوسية فاتت المقاصد بالنكاح وفواتها ، وهوحادث لابد له من سبب ؛ فإما أن يكون هو الإسلام أو كفر من بقى عليه لاسبيل إلى الأول لأنه طاعة لايصلح سببا لفوات النعم ولا إلى الثانى لأن كفر من بقى على كفره قد كان موجودا قبل هذا ولم يمنع ابتداء ولا فوتها بقاء فلا بد من أمر آخر غيرهما (فيعرض الإسلام لتحصل المقاصد به) إن أسلم أو يثبت مايصلح لذلك وهو الإباء. فإن الإباء عنه صالح لسلب النعم ، وإذا أضيف الفوات إليه أضيف ما يستلزمه الفوات وهو الفرقة فكانت الفرقة مضافة إلى الإباء . وفى كلام المصنف نوع إغلاق لأنه

عدتها فيحل لها التزوج بمن شاءت ، صرح به الزيلعى فى شرح الكنز ، فلا يصح أن يقال المدة لم تعتبر للعدة(قوله ولنا أن المقاصد بالنكاح قد فاتت وتقريره بإسلام المرأة أو زوج المجوسية فاتت المقاصد بالنكاح الخ) أقول : أنت خبير بأن فوات المقاصد حصل قبل العرض فكيف يكون الإباء سببا له ، ثم ليت شعرى ما الحاجة إلى توسيط فوات المقاصد ، فإنه لو ردد فى سبب الفرقة ابتداء لاستقام الكلام ، والظاهر أن مراد المصنف بالفوات المذكور هو الفرقة ، والألف واللام فى الفرقة للعهد فليتأمل ، فإن ذلك بعيد غاية البعد ، ألا يرى إلى قول المصنف لتحصل المقاصد بالإسلام (قوله فلا بد من أمر آخر غيرهما) أقول : يجوز أن يقال : السبب هو اختلاف الدين المستلزم لذل المسلم فى الكتابى ، وفى غيره هو الاختلاف فى ذلك الدين فليتأمل(قوله وإذا أضيف الفوات إليه أضيف مايستلزمه الفوات وهو الفرقة فكانت الفرقة مضافة إلى الإباء)

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

أن الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان فلا يكون طلاقا كالفرقة بسبب الملك . ولهما أن بالإباء امتنع الزوج عن الإمساك بالمعروف مع قدرته عليه بالإسلام فينوب القاضى منابه فى التسريح كما فى الجب والعنة ؛ أما المرأة فليست بأهل للطلاق فلا ينوب القاضى منابها عند إبائها (ثم إذا فرق بينهما بإبائها فلها المهر إن كان دخل بها) لتأكده بالدخول (وإن لم يكن دخل بها فلا مهر لها) لأن الفرقة من قبلها والمهر لم يتأكد فأشبه الردة والمطاوعة (وإذا أسلمت المرأة فى دار الحرب وزوجها كافر أو أسلم الحربى وتحته مجوسية لم تقع الفرقة عليها حتى تحيض ثلاث حيض ثم تبين من زوجها) وهذا لأن الإسلام ليس سببا للفرقة ، والعرض على الإسلام متعذر لقصور الولاية ، ولا بد من الفرقة دفعا للفساد فأقمنا شرطها وهو مضى الحيض مقام السبب كما فى حفر البئر .

لها فلا يفيد لحوق الطلاق فائدة (قوله وإذا أسلمت المرأة فى دار الحرب وزوجها كافر أو أسلم الحربى وتحته مجوسية لم تقع الفرقة حتى تحيض ثلاث حيض) إن كانت ممن تحيض وإلا فثلاثة أشهر ، فإن أسلم الآخر قبل

يلزم عليه أن يقال فوات المقاصد يصلح سببا ينبنى عليه الفرقة فلا حاجة إلى العرض ، لكن إذا تأملت فيما ذكرته حق التأمل أزال عنك الشبهة . ولما فرغ من البحث مع الشافعى شرع فيه مع أبى يوسف فى أن الفرقة فى الوجهين لا تكون طلاقا ، ووجه قوله ماذكره (أن الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان) على معنى أنه يتحقق منهما وهو الإباء ، وكل فرقة بسبب يشترك فيه لا تكون طلاقا كالفرقة الواقعة بسبب ملك أحد الزوجين الآخر والواقعة بالحرمية . ولهما أن الزوج امتنع بالإباء عن الإمساك بالمعروف لما مر من فوات المقاصد ، ومن امتنع عن الإمساك بالمعروف ناب القاضى منابه فى التسريح بإحسان كما فى الجب والعنة . وقوله (مع قدرته عليه بالإسلام) زيادة تأكيد ، وأرى أن تركه كان أفضل لأنه لو كان شرطا بطل قياسه على الجب والعنة . وقوله (أما المرأة فليست بأهل للطلاق) واضح . وقوله (فأشبه الردة والمطاوعة) بفتح الواو : يعنى أنها إذا ارتدت والعياذ بالله أو مكنت ابن زوجها ، فإن كان ذلك بعد الدخول كان لها المهر لتأكده بالدخول ، وإن كان قبله فلا مهر لها . وقوله (وإذا أسلمت المرأة فى دار الحرب) ظاهر . وقوله (والعرض على الإسلام متعذر) من باب : عرضت الناقة على الحوض من القلب الذى لا يشجع عليه إلا أفراد البلغاء . وقوله (فأقمنا شرطها) أى شرط الفرقة (وهو مضى الحيض) الثلاث إن كانت ممن تحيض أو ثلاثة أشهر إن لم تحض (مقام سبب الفرقة) قال فى النهاية : وهو تفريق القاضى عند إباء الزوج الإسلام ، وكأنه أراد أنه سبب بطريق النيابة وإلا فقد تقدم أن سبب الفرقة هو الإباء . وقوله (كما فى حفر البئر) يعنى فى قيام الشرط مقام السبب ، وذلك لأن الأصل إضافة التلف إلى فعل الواقع فى البئر التى حفرت على قارعة الطريق لأنه هو العلة ، لكنه تعذر ذلك لكونه طبيعيا لا تعدى فيه ، ثم إضافته إلى السبب وهو المشى

أقول : الفوات مقدم على الإباء ، فكيف يكون المتأخر سببا للمتقدم (قوله ووجه قوله ماذكره أن الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان الخ) أقول : الأولى أن يقرر هكذا : هذه الفرقة فرقة بسبب يشترك فيه الزوجان . قال ابن الهمام : على معنى أنه يتحقق منهما وهو الإباء ، أو يكون المراد أن الإباء يشتركان فيه فإنه ممن أسلم عن الكفر وممن لم يسلم عن الإسلام اهـ . إلا أن قوله كالفرقة بسبب الملك يعين المعنى الأول ، ويجوز أن يقال : الملك نسبة يشترك فيه المنتسبان (قوله وقوله مع قدرته عليه بالإسلام زيادة تأكيد ، وأرى أن تركه كان أفضل لأنه لو كان شرطا بطل قياسه على الجب والعنة) أقول : إنما ذكر ذلك لإظهار أن تفريق القاضى هنا بالطريق الأولى حيث ينحل بمقدوره بالإمساك بمعروف ، بخلاف العنين والمجبوب فليتأمل (قوله قال فى النهاية : وهو تفريق القاضى عند إباء الزوج الإسلام ، وكأنه أراد أنه سبب بطريق النيابة ، وإلا فقد تقدم أن سبب الفرقة هو الإباء) أقول : الإباء سبب لحكم القاضى بالفرقة كالشهادة العادلة فى القضاء

ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها ، والشافعي يفصل كما مر له في دار الإسلام ، وإذا وقعت الفرقة والمرأة حربية فلا عدة عليها وإن كانت هي المسلمة فكذلك عند أبي حنيفة خلافا لهما ، وسيأتيك إن شاء الله تعالى (وإذا أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما) لأنه يصح النكاح بينهما ابتداء فلأن يبقى أولى . قال (وإذا خرج أحد الزوجين إلينا من دار الحرب مسلما وقعت البينونة بينهما) وقال الشافعي لاتقع (ولو سبي أحد الزوجين

انقضاء هذه المدة فهما على نكاحهما ، وإن لم يسلم حتى انقضت وقعت الفرقة ، ثم قال المصنف (وإذا وقعت الفرقة والمرأة حربية) بأن كان الذي أسلم هو الزوج (فلا عدة عليها ، وإن كانت هي المسلمة فكذلك عند أبي حنيفة خلافا لهما) قال (وسيأتيك) يعني في مسئلة المهاجرة . فالحاصل أنه لاعدة بعد البينونة عند أبي حنيفة في الصورتين ، وعندهما إذا كانت هي المسلمة فعليها العدة وهكذا ذكر شمس الأئمة ، وكأنه أخذه من قول محمد في السير فيما إذا أسلمت المرأة في دار الحرب بعد أن ذكر الفرقة بشرطها وعليها ثلاث حيض أخرى بعد الثلاث الأول وهي فرقة بطلاق ويقع طلاقه عليها مادامت في العدة في الثلاث الحيض الأواخر ، ثم قال محمد : وينبغي في قياس قول أبي حنيفة أن لايكون عليها عدة . وأما الطحاوي فقد أطلق وجوب العدة عليها حيث قال : ومن أسلمت امرأته في دار الحرب إلى أن قال : فإذا حاضتها بانت ووجبت عليها العدة بعد ذلك ، ثم علل الحكم المذكور فقال : وهذا : أي توقف البينونة على انقضاء المدة المذكورة لأنه لابد من سبب تضاف إليه الفرقة والإسلام غير مناسب له وكذا الاختلاف لأنه يرجع إلى إسلام المسلم ، ولأنه منقوض كما ذكرنا ، وكذا كفر المصر فليس إلا الإباء وهو متعذر في دار الحرب فأضيف إلى شرط البينونة ، وذلك لأن سبب الفرقة الطلاق بشرط انقضاء العدة ، وللإضافة إلى الشرط عند تعذرها إلى العلة نظير في الشرع وهو حافر البئر في الطريق يضاف ضمان ماتلف بالسقوط فيه إلى الحفر ، وهو شرط لأن العلة ثقل الواقع . وقوله والعرض على الإسلام الوجه فيه ، وعرض الإسلام عليه فهو من باب القلب ، ونظيره في اللغة : عرضت الناقة على الحوض ، وخرق الثوب المسمار بنصب المسمار (قوله وإذا أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما) ظاهر (قوله وإذا خرج أحد الزوجين إلينا مسلما وقعت البينونة)حكم المسئلة

وقد تعذرت كذلك لأن المشي في الطريق مباح لامحالة فأضيف إلى الشرط وهو حفر البئر لأنه لم تعارضه العلة ذالسبب ، وله شبه بالعلة من حيث تعلق الحكم به وجودا وفيه تعد لأنه في غير ملك الحافر وموضعه أصول الفقه ثم المرأة إذا كانت مسلمة فهي كالمهاجرة على ماسيأتي حكم المهاجرة ، وإذا كان الزوج هو المسلم فلا عدة عليها بالاتفاق (ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها) عندنا (والشافعي يفصل كما مر له في دار الإسلام) من قوله فإن كان قبل الدخول وقعت الفرقة في الحال وإن كان بعده بعد انقضاء العدة . ولنا أن هذه الحيض لأجل الفرقة لا للعدة فتستوي فيها المدخول بها وغيرها ، وهذا لأن الزوج في صورة الطلاق باشر سبب الفرقة وهو الطلاق فجاز أن يعتبر السبب في الحال إذا كان قبل الدخول فلا يحتاج إلى مضي الحيض ، وأما ههنا فالفرض أنه لم يباشره فاحتاج إلى مضيها للفرقة فيستويان فيها (وإذا وقعت الفرقة والمرأة حربية فلا عدة لها) بالإجماع لأن حكم الشرع لايثبت في حقها . وقوله (وإن كانت هي المسلمة) ظاهر . وقوله (فلأن يبقى أولى) لأن البقاء أسهل من الابتداء فكم من شيء يتحمل في النكاح حالة البقاء وإن لم يتحمل في الابتداء ، ألا ترى أن المنكوحة إذا وطئت بشبهة تعتد له وتبقى منكوحة ، ولا يجوز نكاح المعتدة من وطء بشبهة ابتداء . قال (وإذا خرج أحد الزوجين إلينا) صورة

بالحقوق ، فالفرقة حقيقة بتفريق القاضي (قوله ولنا أن هذه الحيض ، إلى قوله : فيستويان فيها) أقول : فيه تأمل .

وقعت البينونة بينهما ، وإن سبيا معا لم تقع)وقال الشافعي : وقعت ، فالحاصل أن السبب هو التباين دون السبي عندنا وهو يقول بعكسه .له أن التباين أثره فى انقطاع الولاية ، وذلك لايؤثر فى الفرقة كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن ، أما السبي فيقتضي الصفاء للسابي ولا يتحقق إلا بانقطاع النكاح ، ولهذا

لايتوقف على خروجه مسلما بل وذميا كما سنذكر (قوله فالحاصل أن السبب الخ) اختلف فى أن تباين الدارين حقيقة وحكما بين الزوجين هل يوجب الفرقة بينهما ؟ فقلنا نعم . وقال الشافعي : لا ، وفى أن السبي هل يوجب الفرقة أم لا ؟ فقلنا لا ، وقال نعم . وقوله قول مالك وأحمد فيتفرع عليه أربع صور وفاقيتان ، وهما لو خرج الزوجان إلينا معا ذميين أو مسلمين أومستأمنين ثم أسلما أو صارا ذميين لاتقع الفرقة اتفاقا . ولو سبي أحدهما تقع الفرقة عنده للسبي وعندنا للتباين . وخلافيتان إحداهما ما إذا خرج أحدهما إلينا مسلما أو ذميا أو مستأمنا ثم أسلم أو صار ذميا عندنا تقع ، فإن كان الرجل حل له التزوج بأربع فى الحال وبأخت امرأته التى فى دار الحرب إذا كانت فى دار الإسلام ، وعنده لاتقع الفرقة بينه وبين زوجته التى فى دار الحرب إلا فى المرأة تخرج مراغمة لزوجها أى بقصد الاستيلاء على حقه فتبين عنده بالمراغمة والأخرى ما إذا سبي الزوجان معا ؛ فعنده تقع الفرقة وللسابي أن يطأها بعد الاستبراء ، وعندنا لاتقع لعدم تباين داريهما . وفى المحيط : مسلم تزوج حربية فى دار الحرب فخرج رجل بها إلى دار الإسلام بانت من زوجها بالتباين ، ولو خرجت المرأة بنفسها قبل زوجها لم تبن لأنها صارت من أهل دارنا بالتزامها أحكام المسلمين ، إذ لاتمكن من العود والزوج من أهل دار الإسلام فلا تباين يريد فى الصورة الأولى إذا أخرجها الرجل قهرا حتى ملكها لتحقق التباين بينها وبين زوجها حينئذ حقيقة وحكما ، أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلأنها فى دار الحرب حكما وزوجها فى دار الإسلام حكما . وجه قوله أن تباين الدارين (أثره فى انقطاع الولاية) أى ولاية من فى دار الحرب عليه إن كان خارجا إلينا وولاية من فى دارنا عليه إن كان لاحقا بدار الحرب بحيث يتعذر الإلزام عليه (وذلك لايؤثر فى الفرقة كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن أما السبي فيقتضي الصفاء للسابي) والصفاء هنا بالمد : أى الخلوص (ولا يتحقق) صفاؤه له (إلا بانقطاع النكاح ولهذا) أى

المسئلة ظاهرة ، والحاصل كذلك . وتقرير دليله أن التباين أثره فى انقطاع الولاية ، وانقطاع الولاية لايؤثر فى الفرقة ، كالحربي إذا دخل دارنا بأمان فإن ولايته قد سقطت إذ المراد بانقطاع ولاية سقوط مالكيته عن نفسه وماله ، وكالمسلم إذا دخل دار الحرب بأمان فإن ولايته انقطعت ولم تؤثر فى الفرقة ، وهذا لإبطال دليل الخصم . وقوله (أما السبي فيقتضي الصفاء للسابي ولايتحقق) الصفاء له (إلا بانقطاع النكاح ولهذا) أى ولأن السبي يقتضي الصفاء

(قوله فإن ولايته قد سقطت ، إذ المراد بانقطاع الولاية سقوط مالكيته عن نفسه وماله) أقول : لو انقطعت الولاية لما جرى بينهما التوارث (قوله وهذا الإبطال دليل الخصم) أقول : فيه تأمل ، فإن ذلك أيضا لإثبات مذهبه أن التباين ليس سببا للفرقة ، ولاتعلق له بدليل الخصم . والجواب أن كون التباين سبب الفرقة من مقدمات دليل المسئلة المذكورة فى المتن فإنه كبراه فإبطاله إبطال الدليل(قال المصنف : وأما السبي فيقتضي الصفاء) أقول : هذا الكلام من الشافعي يخالف لما ذكره فى تعليل عدم جواز إجبار العبد على النكاح على ما فصل فى النهاية وشرح الكنز وغيرهما (قوله وقوله وأما السبي الخ) أقول : هو مبتدأ ، وخبره بعد سطرين وهو قوله لإثبات المذهب

يسقط الدين عن ذمة المسبي . ولنا أن مع التباين حقيقة وحكما لاتنتظم المصالح فشابه المحرمية ، والسبي يوجب ملك الرقبة وهو لاينافي النكاح ابتداء فكذلك بقاء

لثبوت الصفاء بالسبي (يسقط ، ماعلى المسبي من دين) إن كان لكافر عليه لعدم احترامه ، فكذا يسقط حق الزوج الحربي ، وهذا لأن الصفاء موجب للملك مايحتمل التملك وملك النكاح كذلك فخلص له عند عدم احترام الحق المتعلق به وصار سقوط ملك الزوج عنها كسقوطه عن جميع أملاكه فإنها تذهب . ويؤيده من المنقول أن أبا سفيان أسلم في معسكر رسول الله صلى الله عليه وسلم بمرّ الظهران حين أتى به العباس وزوجته هند بمكة وهي دار حرب إذ ذاك ولم يأمرهما رسول الله صلى الله عليه وسلم بتجديد نكاحهما . ولما فتحت مكة هرب عكرمة بن أبي جهل وحكيم بن حزام حتى أسلمت امرأة كل منهما وأخذت الأمان لزوجها وذهبت فجاءت به ولم يجدد نكاحهما . وتباين الدارين بين أبي العاص بن الربيع زوج زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي عنها أظهر وأشهر فإنها هاجرت إلى المدينة وتركته بمكة على شركه ، ثم جاء وأسلم بعد سنين ، قيل ثلاث سنين ، وقيل ست ، وقيل ثمان فردّها عليه بالنكاح الأول فهذه كلها نقوض لماعللنا به . واستدل الشافعي أيضا على إثبات علته بأن قوله تعالى ـ والمحصنات من النساء إلا ماملكت أيمانكم ـ نزلت في سبايا أوطاس وكن سبين مع أزواجهن ، وقد علم أن منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم نادى « ألا لاتنكح الحبالى حتى يضعن . ولا الحيالى حتى يحضن » فقد استثنى المسبيات مع أزواجهن من المحرمات ، فظهر أن السبي يوجب الفرقة . وقوله كالحربي المستأمن ظاهره أنه أصل قياس وفرعه الخارج إلينا مسلما من دار الحرب أو ذميا . والحكم عدم الفرقة بينه وبين زوجته بجامع عدم سبيهما فهو من قبيل تعليل الحكم العدمي بالمعنى العدمي ، وعلى هذا فالسوق لإثبات الفرع ؛ لكن الظاهر أن المراد نفي تأثير التباين فحق اللفظ هكذا لايؤثر في الفرقة لتخلفه في المستأمن الخ (قوله ولنا أن مع التباين حقيقة وحكما لاتنتظم المصالح) التي شرع النكاح لها لأن الظاهر أن الخارج إلينا مسلما أو ذميا لايعود . والكائن هناك لايخرج إلينا فكان التباين منافيا له ، فكان اعتراضه قاطعا ، كاعتراض المحرمية بالرضاع ، وتقبيل ابن الزوج بشهوة مثلا لما نافته كان اعتراضها قاطعا . ثم شرع يفسد تعيين السبي علة فقال (والسبي يوجب ملك الرقبة) يعني يمنع أن

(يسقط الدين عن ذمة المسبي) لإثبات المذهب (ولنا أن المصالح لاتنتظم مع التباين حقيقة وحكما وتقريره تباين الدارين حقيقة وحكما ينافي انتظام المصالح . وما ينافي انتظام المصالح يقطع النكاح كالمحرمية ، فتباين الدارين يقطع النكاح . والمراد بالتباين حقيقة تباعدهما شخصا . وبالحكم أن لايكون في الدار التي دخلها على سبيل الرجوع بل يكون على سبيل القرار والسكنى وهذا لإثبات المذهب . وقوله (والسبي يوجب ملك الرقبة) لردّ دليل الخصم . وتقريره : السبي يوجب ملك الرقبة وملك الرقبة لاينافي النكاح ابتداء ، ولهذا لو زوّج أمته جاز فكذا بقاء ولهذا لو كانت

(قال المصنف : ولنا الخ) أقول : قوله أن مع التباين حقيقة وحكما إشارة إلى الجواب عن قياسه على الحربي المستأمن . وقوله والسبي يوجب ملك الرقبة معارضة . وقوله ثم هو يقتضي الصفاء في محل عمله الخ مناقضة : يعني إن أردت أن يقتضي الصفاء في محل عمله فمسلم ، ولكن لانسلم أنه لايتحقق إلا بانقطاع النكاح والسند ظاهر وإن أردت أنه يقتضي الصفاء في محل عمله وفي محل النكاح أيضا فغير مسلم (قوله ولهذا لو كانت المسبية منكوحة لمسلم أو ذمي لايبطل النكاح مع تقرر السبي الخ) أقول : قال ابن الهمام: وفي المحيط: مسلم تزوج حربية في دار الحرب فخرج رجل بها إلى دار الإسلام بانت من زوجها بالتباين . ولو خرجت المرأة بنفسها قبل زوجها لم تبن لأنها صارت من أهل دارنا بالتزامها أحكام المسلمين إذ لاتمكن من العود والزوج من أهل دار الإسلام فلا تباين . يريد في الصورة الأولى إذا أخرجها الرجل فهرا حتى ملكها يتحقق التباين بينها وبين زوجها حينئذ حقيقة وحكما ، أما حقيقة فظاهر ، وأما حكما فلأنها في دار الحرب حكما وزوجها في دار الإسلام حكما اه . ثم أقول : وفي كلام ابن الهمام : أعني قوله وأما حكما فلأنها في دار الحرب حكما وزوجها في دار الإسلام حكما بحث فتأمل . ثم على تقرير

وصار كالشراء ثم هو يقتضى الصفاء فى محل عمله وهو المال لا فى محل النكاح . وفى المستأمن لم تتباين الدار حكما

يكون موجبا غير ذلك ، وإذن فما اقتضاه ملك الرقبة لزم السبي تبعا لملكها ، وما لا فلا ، وملك الرقبة لايقتضى ملك النكاح إلا إذا ورد على خال عن مملوكيته أو مالكيته ، وكذا ابتداء النكاح وبقاؤه فى العبد المشترى فهو كسائر أسباب الملك من الشراء والهبة والإرث وزوال أملاك المسبي لثبوت رقه ، والعبد لاملك له فى المال ، بخلاف النكاح فإنه من خصائص الآدمية فيملكه إذا ابتدأ وجوده بطريق الصحة حتى لايملك سيده التطليق عليه . وإنما توقف فى الابتداء على إذنه لما يستلزم من تنقيص ماليته . وسقوط الدين الكائن لكافر على المسبي الحر ليس مقتضى السبي بل لتعذر بقائه ، لأنه إنما يبقى ماكان وهو حين وجب كان فى ذمته لا شاغلا لمالية رقبته . ولا يمكن أن يثبت بعد الرق بالسبي إلا شاغلا لها فيصير الباقى غيره ، ولذا لو كان المسبي عبدا مديونا كذلك لايسقط عنه الدين بالسبي . نص عليه محمد فى المأذون . فإن قيل : بل يجوز كون الدين فى ذمة العبد غير متعلق برقبته ، ولذا يثبت الدين بإقراره به ولا يباع فيه . أجيب بمنع تعلقه فى العبد كذلك ، وإنما لايطالب بإقراره لأن إقراره لايسرى فى حق المولى ، حتى لو ثبت بالاستهلاك قطعا معاينة بيع فيه . وأما ما استدل به من قصة أبى سفيان فالحق أن أبا سفيان لم يكن حسن الإسلام يومئذ بل ولا بعد الفتح ، وهو شاهد حنينا على ماتفيده السير الصحيحة من قوله حين انهزم المسلمون : لاترجع هزيمتهم إلى البحر . وما نقل أن الأزلام حينئذ كانت معه وغير ذلك مما يشهد بما ذكرنا مما نقل من كلامه بمكة قبل الخروج إلى هوازن بحنين ، وإنما حسن إسلامه بعد ذلك رضى الله عنه ، والذى كان إسلامه حسنا حين أسلم هو أبو سفيان بن الحرث . وأما عكرمة وحكيم فإنما هربا إلى الساحل وهو من حدود مكة فلم تتباين دارهم . وأما أبوالعاص فإنما ردّها عليه صلى الله عليه وسلم بنكاح جديد . روى ذلك الترمذى وابن ماجه والإمام أحمد ، والجمع إذا أمكن أولى من إهدار أحدهما ، وهو بحمل قوله على النكاح الأول على معنى بسبب سبقه مراعاة لحرمته كما يقال ضربته على إساءته ؛ وقيل قوله ردّها على النكاح الأول لم يحدث شيئا معناه على مثله لم يحدث زيادة فى الصداق والحباء وهو تأويل حسن . هذا وما ذكرناه مثبت وعلى النكاح الأول ناف لأنه مبق على الأصل . وأيضا يقطع بأن الفرقة وقعت بين زينب وبين أبى العاص بمدة تزيد على عشر سنين ، فإنها أسلمت بمكة فى ابتداء الدعوة حين دعا صلى الله عليه وسلم زوجته خديجة وبناته ، ولقد

المسبية منكوحة لمسلم أو ذمى لايبطل النكاح مع تقرر السبي . والمنافى إذا تقرر فالمحترم وغيره سواء كما إذا تقرر بالمحرمية والرضاع . وقوله (وصار) أى صار السبي (كالشراء) من حيث أن النكاح لايفسد بالشراء فكذلك بالسبي لعدم المنافاة . وقوله (ثم هو) أى السبي (يقتضى الصفاء) أى سلمنا أن السبي يقتضى الصفاء لكن فى محل عمله وهو المال حتى يثبت الملك فى رقبة المسبي للسابى على الخلوص لا فى محل النكاح وهو منافع البضع لأن ذلك ليس محل عمله لأن ذلك من خصائص الإنسانية لا المالية . وقد اندرج فى هذا الكلام الجواب عن قوله ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي لأن الدين فى الذمة وهى من محل عمله لأنها هى الرقبة . وقوله وفى المستأمن جواب عن قوله كالحربى المستأمن أو المسلم المستأمن ، وكان قد احترز بقوله وحكما عن ذلك ، فإن التباين وإن وجد فى المستأمن حقيقة لكنه لم يوجد حكما لقصده الرجوع

ابن الهمام ينبغى أن يكون مراد الشارح أكمل الدين لوكانت المسبية منكوحة لمسلم أو ذمى وخرجا معها إلى دار الإسلام أو قبلها (قوله وقد اندرج فى هذا الكلام الجواب عن قوله ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي لأن الدين فى الذمة وهى من محل عمله لأنها هى الرقبة) أقول : فيه بحث بل الذمة وصف فى الإنسان على مابين فى الأصول ، ثم لو صح ماذكره يلزم أن يسقط الدين إذا كان المسبي عبدا وليس كذلك نص عليه الزيلعى وغيره

انقضت المدة التي تبين بها في دار الحرب مرارا وولدت . وروى أنها كانت حاملا فأسقطت حين خرجت مهاجرة إلى المدينة ، وروّعها هبار بن الأسود بالرمح . واستمر أبو العاص بن الربيع على شركه إلى ماقبيل الفتح فخرج تاجرا إلى الشام ، فأخذت سرية المسلمين ماله وأعجزهم هربا ثم دخل بليل على زينب فأجارته ، ثم كلم رسول الله صلى الله عليه وسلم السرية فردّوا إليه ماله ، فاحتمل إلى مكة فأدّى الودائع وما كان أهل مكة أبضعوا معه ، وكان رجلا أمينا كريما ، فلما لم يبق لأحد عليه علقة قال : يا أهل مكة هل بقي لأحد منكم عندي مال لم يأخذه ؟ قالوا : لا ، فجزاك الله عنا خيرا فقد وجدناك وفيا كريما ، قال : فإني أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا عبده ورسوله ، والله مامنعني من الإسلام عنده إلا تخوّف أن تظنوا أني إنما أردت أن آكل أموالكم ، فلما أدّاها الله إليكم وفرغت منها أسلمت ، ثم خرج حتى قدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم . وما ذكر في الروايات من قولهم وذلك بعد ست سنين أو ثمان سنين أو ثلاث سنين فإنما ذلك من حين فارقته بالأبدان وذلك بعد غزوة بدر . وأما البينونة فقبل ذلك بكثير ، لأنها إن وقعت من حين آمنت فهو قريب من عشرين سنة إلى إسلامه ، وإن وقعت من حين نزلت - ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا - وهي مكية فأكثر من عشر . هذا غير أنه كان حابسها قبل ذلك إلى أن أسر فيمن أسر ببدر وهو صلى الله عليه وسلم كان مغلوبا على ذلك قبل ذلك ، فلما أرسل أهل مكة في فداء الأسارى أرسلت زينب في فدائه قلادة كانت خديجة أعطتها إياها ، فلما رآها رسول الله صلى الله عليه وسلم رقّ لها فردها عليها وأطلقها ، فلما وصل جهزها إليه صلى الله عليه وسلم لأنه صلى الله عليه وسلم كان شرط عليه ذلك عند إطلاقه واتفق في مخرجها إليه مااتفق من هبار بن الأسود . وهذا أمر لا يكاد أن يختلف فيه اثنان وبه نقطع بأن الرد كان على نكاح جديد كما هو من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه ، ووجب تأويل رواية « على النكاح الأول » كما ذكرنا . واعلم أن بنات رسول الله صلى الله عليه وسلم لم تتصف واحدة منهن قبل البعثة بكفر ليقال آمنت بعد أن لم تكن مؤمنة ، فقد اتفق علماء المسلمين أن الله تعالى لم يبعث نبيا قط أشرك بالله طرفة عين ، والولد يتبع المؤمن من الأبوين فلزم أنهن لم تكن إحداهن قط إلا مسلمة ، نعم قبل البعثة كان الإسلام اتباع ملة إبراهيم عليه السلام ، ومن حين وقع البعث لا يثبت الكفر إلا بإنكار المنكر بعد بلوغ الدعوة ، ومن أوّل ذكره صلى الله عليه وسلم لأولاده لم تتوقف واحدة منهن . وأما سبايا أوطاس فقد روى أن النساء سبين وحدهن ، ورواية الترمذي تفيد ذلك عن أبي سعيد الخدري قال : « أصبنا سبايا أوطاس ولهن أزواج في قومهن ، فذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فنزلت - والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم - لكن بقي أن يقال : العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ، ومقتضى اللفظ حل المملوكة مطلقا سواء سبيت وحدها أو مع زوج ، وأما المشتراة متزوّجة فخارجة بالإجماع فوجب أن يبقى ماسواها داخلا تحت العموم على الإباحة . والجواب أن المسبية مع زوجها تخص أيضا بدليلنا وبما نذكره تبقى المسبية وحدها ذات بعل وبلا بعل والله سبحانه أعلم . وأما قياسه على الحربي المستأمن والمسلم المستأمن . فالجواب منع وجود التباين لأن المدعى علة منه هو التباين حقيقة وحكما وهو يصير الكائن في دار الحرب في حكم الميت حتى يعتق مدبروه وأمهات أولاده ويقسم ميراثه ، والكائن في دارنا ممنوعا من الرجوع ، وهذا منتف في المستأمن . وإذا كافأ ما ذكر بقي ماذكرنا من المعنى اللازم للتباين الموجب للفرقة سالما عن المعارض

لقصده الرجوع (وإذا خرجت المرأة إلينا مهاجرة جاز لها أن تتزوّج ولا عدّة عليها) عند أبي حنيفة . وقالا : عليها العدة ، لأن الفرقة وقعت بعد الدخول فى دار الإسلام فيلزمها حكم الإسلام . ولأبى حنيفة أنها أثر النكاح المتقدم وجبت إظهارا لخطره ، ولا خطر لملك الحربى ، ولهذا لاتجب على المسبية

فوجب اعتباره ، ودليل السمع أيضا وهو قوله تعالى - إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات - إلى قوله - فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هنّ حل لهم ولا هم يحلون لهن وآتوهم ما أنفقوا ولا جناح عليكم أن تنكحوهن إذا آتيتموهن أجورهن ولا تمسكوا بعصم الكوافر - وقد أفاد من ثلاث نصوص على وقوع الفرقة ومن وجه اقتضائى وهو قوله تعالى - فلا ترجعوهن - (قوله وإذا خرجت المرأة إلينا مهاجرة) أى تاركة الدار إلى أخرى على عزم عدم العود ، وذلك بأن تخرج مسلمة أو ذمية . هذه المسئلة حكم آخر على بعض ماتضمنه موضوع المسئلة التى قبلها لأنها كانت إذا خرج أحد الزوجين مهاجرا وقعت الفرقة ، وهذه إذا كان الخارج منهما المرأة ووقعت الفرقة اتفاقا . هل عليها عدة ؟ فيها خلاف . عند أبى حنيفة لا فتتزوج للحال إلا أن تكون حاملا فتتربص لا على وجه العدة بل ليرتفع المانع بالوضع ، وعندهما عليها العدة : ثم اختلفا لو خرج زوجها بعدها وهى بعد فى هذه العدة فطلقها هل يلحقها طلاقه ؟ قال أبو يوسف : لايقع عليها ، وقال محمد : يقع . والأصل أن الفرقة إذا وقعت بالتنافى لاتصير المرأة محلا للطلاق عند أبى يوسف ؛ وعند محمد تصير وهو أوجه إلا أن تكون محرمية لعدم فائدة الطلاق على مابيناه ؛ وثمرته تظهر فيما لو طلقها ثلاثا لايحتاج زوجها فى تزوجها إذا أسلم إلى زوج آخر عند أبى يوسف ؛ وعند محمد يحتاج إليه . وجه قولهما أنها حرة وقعت الفرقة عليها بعد الإصابة والدخول إلى دار الإسلام فيلزمها حكم العدة حقا للشرع كالمطلقة فى دارنا من المسلمات ، بخلاف مالو طلقها الحربى فى دار الحرب ثم هاجرت لاعدة عليها بالإجماع لأن الفرقة فى دارهم وهم لايؤاخذون بأحكامنا هناك ، وهذا على مااخترناه من أن أصلهما أن الخطاب يلزم الكفار فى المعاملات ، غير أن شرطه البلوغ وأهل الحرب لايبلغهم فلا يتعلق بهم حكمه ، بخلاف أهل دارنا منهم . ولأبى حنيفة أن العدة إنما وجبت إظهارا لخطر النكاح المتقدم ولا خطر لملك الحربى ، بل أسقطه الشرع بالآية المتقدمة فى المهاجرات وهى - ولا تمسكوا بعصم الكوافر - بعد قوله - ولا جناح عليكم أن تنكحوهن - فقد رفع الجناح عن نكاح المهاجرة وأمر أن لايتمسك بعصم الكوافر جمع كافرة ، فلو شرطت العدة لزم التمسك بعقدة نكاحهن الموجودة فى حال كفرهن ، وبهذا يبطل قولهما وجبت لحق الشرع كى لاتختلط المياه ، واستغنينا به عن إبطاله بأن الشرع أبطل النكاح بالتباين لمنافاته للنكاح فقد حكم بمنافاته للعدة لأنها أثره حيث حكم بمنافاته لما له

(وإذا خرجت المرأة إلينا مهاجرة) أى تركت أرض الحرب إلى أرض الإسلام وخرجت مسلمة أو ذمية على قصد أن لاترجع إلى ماهاجرت عنه أبدا (جاز لها أن تتزوّج ولا عدة عليها عند أبى حنيفة . وقالا : عليها العدة لأن الفرقة وقعت بعد أن دخلت فى دار الإسلام) وكل فرقة كانت كذلك يلزمها حكم الإسلام كالمسلمة والذمية . ولأبى حنيفة أن العدة لإظهار خطر ملك النكاح (ولا خطر لملك الحربى ولهذا لا تجب على المسبية) بالاتفاق . فإن قيل : لو لم يكن لملكه خطر لما وجبت إذا خرجت حاملا . أجيب بأنها لاتجب عليها العدة ولكنها لاتتزوّج لأن فى بطنها ولدا ثابت النسب . فإن قيل : الهجرة أورثت تباين الدارين وهو لايربو على الموت ولو مات وجبت العدة فلتجب معها أيضا . أجيب بأن الموت لايوجب سقوط الحرمات حكما فلزمتها العدة بحكم الملك ، وأما تباين الدارين فيسقطها حقيقة وحكما فيزول ملكه لا إلى أثر .

(قوله ولو مات وجبت العدة الخ) أقول : لانسلم ذلك فإن الحربى لايلتزم أحكام الإسلام ، وأيضا اعتقاده وجوب العدة غير معلوم .

(وإن كانت حاملا لم تتزوّج حتى تضع حملها) وعن أبى حنيفة أنه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها كما فى الحبلى من الزنا. وجه الأول أنه ثابت النسب فإذا ظهر الفراش فى حق النسب يظهر فى حق المنع من النكاح احتياطا . قال (وإذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام وقعت الفرقة بغير طلاق) وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف. وقال

الأثر . فإن لقائل أن يمنع الملازمة ويقول لانسلم أن منافاة الشىء تنافى أثره إلا إذا كان جهة المنافاة ثابتة فى الأثر أيضا ، وهو منتف لأنه فى النكاح عدم انتظام المصالح والعدة لاينفيها عدم انتظام المصالح بل تجامعه مدة بقائها إلى أن تنقضى فيجب أن تثبت لموجبها بلا مانع ، لكن قد يقال عصم الكوافر عام يدخل فيه المسبية دون زوجها والمتروكات فى دار الحرب للأزواج المهاجرين فلهم أن يتزوّجوا بأربع وبأخت الكائنة هناك لعدم اعتبار عصم الكوافر فى دار الحرب للفرقة والمسبية مع زوجها وهذه خصت عندكم فإنها يتمسك بعقدتها حيث قلتم لاتقع الفرقة بينها وبين زوجها ، فجاز أن تخص المهاجرة فى حق العدة بحديث سبايا أوطاس ، فإنه دل على أن من انفسخ نكاحها بالتباين لايحل وطؤها قبل تربص ، وإذا وجب عليها تربص وهى حرة كان عدة إجماعا لعدم القائل بالفصل ، وحينئذ فإبطاله الوجوب للخطر لايفيد إذ كان له سبب آخر وهو حق الشرع المدلول عليه بوجوب الاستبراء فإنه أفاد أن لايخلى فرج المدخول بها عن الامتناع إلى مدة غير أنه اعتبر مدة الاستبراء أكثر كما هو دأب الشرع فى إظهار التفاوت بين الحرة والأمة فى مثله (قوله وإن كانت) يعنى المهاجرة (حاملا لم تتزوّج حتى تضع) وقدمنا أنه عند أبى حنيفة لا بطريق العدة ، وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يجوز تزويجها ولا يقربها حتى تضع حملها كالحامل من الزنا . وجه الظاهر أن حملها ثابت النسب فظهر فى حق المنع احتياطا ، وإنما قال احتياطا لأن مجرد كونه ثابت النسب إنما يقتضى ظاهرا أن لاتوطأ لأن به يصير ساقيا ماءه زرع غيره فتعديه المنع إلى نفس التزوج بلا وطء للاحتياط فقط لأن به يقع الجمع بين الفراشين وهو ممتنع بمنزلة الجمع وطأ ولهذا لم يجز عنده تزوج الأخت فى عدة الأخت والخامسة فى عدة الأربع (قوله وإذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام وقعت الفرقة) فى الحال (بغير طلاق) قبل الدخول أو بعده ، وبه قال مالك وأحمد فى رواية ، وقال الشافعى وأحمد فى أخرى قبل الدخول هو كذلك ، وأما بعده فيتوقف إلى انقضاء العدة فإن جمعهما الإسلام قبل انقضائها يستمر النكاح وإلا

وحاصله أن التباين يربو على الموت ؛ ألا ترى أنه يمنع التوارث والموت يوجبه ، ولو خرجت حاملا لم تتزوّج حتى تضع حملها ، رواه محمد عن أبى حنيفة لأن حملها ثابت النسب من الغير ، فإذا ظهر الفراش فى حق النسب يظهر فى حق المنع أيضا احتياطا كأم الولد إذا حبلت من مولاها لايزوّجها حتى تضع (و) روى أبو يوسف والحسن بن زياد (عن أبى حنيفة أنه يصح النكاح ولايقربها زوجها حتى تضع حملها) لأنه لاحرمة للحربى فجزؤه أولى (كما فى الحبلى من الزنا) فإنه لاحرمة لماء الزانى . قيل والأول أصح لأنه حمل ثابت النسب ، بخلاف الحمل من الزنا . وتحقيقه أن الحمل من الغير يمنع الوطء مطلقا وثابت النسب محترم فيمنع النكاح أيضا دون غيره . قال (وإذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام) والعياذ بالله (وقعت الفرقة) بينهما سواء كان دخل بها أو لم يدخل . وعند الشافعى إن لم يدخل بها فكذلك ، وإن دخل بها فحتى تنقضى ثلاث حيض بناء على ما ذكرنا له من تأكد النكاح وعدم تأكده وكانت الفرقة (بغير طلاق) حتى لاينتقص عدد الطلاق (عند أبى حنيفة وأبى يوسف .

(قوله لأنه لاحرمة للحربى فجزؤه أولى) أقول : فيه أن جزءه إما مسلم أو ذمى كأمها فلا يكون مساويا للحربى فضلا عن الأولوية .

محمد : إن كانت الردة من الزوج فهى فرقة بطلاق ، هو يعتبره بالإباء والجامع مابيناه ، وأبو يوسف مرّ على ما أصلنا له فى الإباء ، وأبو حنيفة فرّق بينهما . ووجه الفرق أن الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة والطلاق رافع فتعذر أن تجعل طلاقا ، بخلاف الإباء لأنه يفوّت الإمساك بالمعروف فيجب التسريح بالإحسان على مامر ؛

تبين الفراق من وقت الردّة . قلنا : هذه الفرقة للتنافى فإن الردة منافية للعصمة موجبة للعقوبة ، والمنافى لايحتمل التراخى ، بخلاف الإسلام فإنه غير مناف للعصمة ، هذا جواب ظاهر المذهب . وبعض مشايخ بلخ وسمرقند أفتوا فى ردّتها بعدم الفرقة حسما لاحتيالها على الخلاص بأكبر الكبائر ، وعامة مشايخ بخارى أفتوا بالفرقة وجبرها على الإسلام وعلى النكاح مع زوجها الأول لأن الحسم بذلك يحصل ، ولكل قاض أن يجدد النكاح بينهما بمهر يسير ولو بدينار رضيت أم لا ، وتعزر خمسة وسبعين ، ولا تسترق المعتدة مادامت فى دار الإسلام فى ظاهر الرواية ، وفى رواية النوادر عن أبى حنيفة تسترق ، وهذا الكلام فى الفرقة . وأما كونها طلاقا فاتفق الإمامان هنا على أنها من جهة الزوج والمرأة فسخ ، وقال محمد هى فى ردّة الزوج طلاق وفى ردّتها فسخ مر على أصله فى الإباء ، وكذا أبو يوسف ، وفرق أبو حنيفة بين الردّة والإباء . وجه قول محمد اعتباره بالإباء (والجامع مابيناه) وهو أن بالإباء امتنع عن الإمساك بمعروف مع قدرته عليه فينوب القاضى منابه ، وقيل ما بيناه مما حاصله أن سبب الفرقة فعل من الزوج إباء أو ردة (وأبو يوسف مر على ما أصلنا له فى الإباء) وهو أنه سبب يشتركان فيه (وأبو حنيفة فرق) بأن الردة منافية للنكاح لأنها منافية للعصمة لبطلان العصمة عن نفسه وأملاكه ، ومنها ملك النكاح ، كذا قرر . والحق أن منافاتها لعصمة الأملاك تبع لمنافاتها لعصمة النفس ، إذ بتلك المنافاة صار فى حكم

وقال محمد : إن كانت الردة من الزوج فهى فرقة بطلاق) وإن كانت من المرأة فهى بغير طلاق (هو يعتبرها بالإباء والجامع ما بيناه) يعنى قوله امتنع عن الإمساك بالمعروف (وأبو يوسف مر على ما أصلنا له فى الإباء) وهو أن الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان والطلاق مما يختص بالزوج (وأبو حنيفة فرق) بين الإباء والارتداد فجعل الفرقة بإباء الزوج طلاقا دون الردة (ووجه الفرق أن الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة) لأنها تبيح النفس والمال وتبطل الملك والنكاح (والطلاق) ليس بمناف للنكاح لأنه (رافع) له بعد تحققه مسببا عنه ، والمسبب عن الشىء الرافع له لاينافيه فلا تكون الردة طلاقا (بخلاف الإباء لأنه يفوت الإمساك بالمعروف) وليس بمناف للنكاح (فيجب التسريح بالإحسان على مامر) واعترض بوجهين : أحدهما أن الردة لاتنافى ملك العين بل يصير موقوفا فما بال ملك النكاح لايكون كذلك . والثانى أن الردة لو كانت منافية لما وقع طلاق المرتد على امرأته بعد الردة كما فى المحرمية

(قال المصنف : والجامع مابيناه) أقول : من أنه امتنع عن الإمساك بالمعروف إلا أنه لايجرى هنا بتمامه لعدم توقف الفرقة هنا على قضاء (قوله لأنها تبيح النفس والمال وتبطل الملك الخ) أقول : وفيه بحث : فإن ملكه المال لايبطل بل يتوقف ، والظاهر أن المراد بالعصمة عصمة النفس فذلك إشارة إلى مامر من أن النكاح ماشرع إلا لمصالحه ، والمصالح لاتنتظم بينهما لكونه مستحق القتل فتأمل . ويجوز أن يكون مراده بالإبطال مايعم الزوال الموقوف (قال المصنف : ووجه الفرق أن الردة منافية النكاح الخ) أقول : تصوير القياس من الشكل الثانى هكذا : الردة تمنع ابتداء النكاح لمنافاتها إياه ولا شىء من الطلاق كذلك بل هو رافع له فلا شىء من الردة بطلاق ، ويجوز تصويره من الشكل الأول (قال المصنف : والطلاق رافع) أقول : يعنى الطلاق رافع كلما وجد ، بخلاف الردة فإنها كما ترفع تدفع وتمنع الابتداء (قوله مسببا عنه الخ) أقول : مستغنى عنه فى إتمام الدليل مع أنه محل كلام ، ويتم الدليل بأن يقال : الردة منافية لابتداء النكاح ولاشىء من الطلاق كذلك بل يرفع بعد وجوده فلا شىء من الردة بطلاق (قوله لما وقع طلاق المرتد على امرأته بعد الردة) أقول : يعنى فى العدة .

ولهذا تتوقف الفرقة بالإباء على القضاء ولا تتوقف بالردة (ثم إن كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر إن دخل بها ونصف المهر إن لم يدخل بها ، وإن كانت هى المرتدة فلها كل المهر إن دخل بها ، وإن لم يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقة) لأن الفرقة من قبلها . قال (وإذا ارتدا معا ثم أسلما معا فهما على نكاحهما) استحسانا. وقال زفر : يبطل لأن ردة أحدهما منافية ، وفى ردتهما ردة أحدهما .

الميت والطلاق لاينافى النكاح لثبوته معه حتى لاتقع البينونة بمجرده. بل بأمر زائد عليه أو عند انقضاء العدة ولزم كون الواقع بالردة غير الطلاق وليس إلا الفسخ ، بخلاف الفرقة بالإباء فإنها ليست للمنافاة ولذا بقى النكاح مالم يفرق القاضى لأنها فرقة بسبب فوات ثمرات النكاح فوجب رفعه لارتفاع ثمراته اللاتى من قبل الزوج ، فالقاضى يأمره بالإمساك بمعروف بالإسلام أو التسريح بإحسان ، فإذا امتنع ناب عنه . وفى الشروح من تقرير هذا الفرق أمور لاتمس المطلوب ، وكذا قوله فى الهداية والطلاق رافع لأن الرافع يجامع المنافى بالضرورة ، نعم هو أعم يثبت مع المنافى ومع الطلاق فلا يقع به فرق ولا دخل له فيه(ثم إن كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر إن دخل بها) ونفقة العدة أيضا (ونصفه إن لم يدخل بها ،وإن كانت هى المرتدة فلها كل المهر إن دخل بها) لانفقة العدة لأن الفرقة من جهتها ، وإن لم يكن دخل بها فلا مهر ولا نفقة(قوله وإذا ارتدا معا ثم أسلما معا فهما على نكاحهما استحسانا)

لكنه يقع بالاتفاق . والجواب عن الأول أن مايرجع إلى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء ، والردة تنافى النكاح ابتداء فكذا بقاء ، وتوقف تحصيل ملك العين بالشراء ابتداء فكذا بقاء . وعن الثانى أن وقوع الطلاق تابع لإمكان ظهور أثره ، وحيث كانت المحلية متصورة العود بالتوبة أمكن ظهور أثره وكان معتبرا ، بخلاف المحرمية فإن المحلية غير متصورة أبدا فلا يمكن ظهور أثره . وعن هذا قالوا : إذا ارتد الرجل ولحق بدار الحرب لم يقع على المرأة طلاق لأن تباين الدارين مناف للنكاح فكان منافيا للطلاق الذى هو من أحكام النكاح ، فإن عاد إلى دار الإسلام وهى فى العدة وقع عليها الطلاق لأن المنافى وهو تباين الدارين قد ارتفع ومحلية الطلاق بالعدة وهى قائمة فيقع . وإذا ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب لم يقع طلاق الزوج عليها عند أبى حنيفة لأن العدة قد سقطت عنها عنده لفوات المحلية ، لأن من كان فى دار الحرب فهو كالميت فى حقنا وبقاء الشىء فى غير محله مستحيل والعدة متى سقطت لاتعود إلا بعود سببها ، بخلاف الفصل الأول لأن العدة هناك باقية ببقاء محلها لأنها فى دار الإسلام ، إلا أن تباين الدارين كان مانعا من وقوع الطلاق ، فإذا ارتفع المانع والعدة باقية وقع . وقال أبو يوسف : يقع الطلاق لأن العدة باقية عنده . وقوله (ولهذا تتوقف الفرقة) توضيح لكون الردة منافية للطلاق دون الإباء . وقوله (ثم إن كان الزوج) ظاهر . وقوله (ولا نفقة)متعلق بقوله وإن كانت هى المرتدة فلها كل مهرها إن دخل بها لا إلى ما يليه ، لأن المسلمة إذا كانت غير مدخول بها ووقعت الفرقة لاتجب النفقة على زوجها فحينئذ لايرتاب أحد فى عدم وجوب النفقة فى المرتدة إذا كانت غير مدخول بها . وقوله (لأن الفرقة من قبلها) يعنى فكانت كالناشزة ولانفقة لها . وقوله (وإن ارتدا معا)واضح . ووجهه ماروى أن بنى حنيفة وهم حى من العرب ارتدوا بمنع الزكاة

(قال المصنف : ولهذا تتوقف الفرقة) أقول : أى لكون الإباء مفوتا للإمساك لامنافيا النكاح ، بخلاف الارتداد (قوله والردة تنافى النكاح ابتداء فكذا بقاء) أقول : وقد سبق دليل عدم التنافى ابتداء فى هذا الباب ، إلا أن هذا الجواب منقوض بالمعتدة فإن العدة تنافى النكاح ابتداء ولا تنافيه بقاء على مامر فى أوائل الباب (قوله لأن تباين الدارين مناف للنكاح) أقول : بتكرر المنافى يخرج العود من حيز التصور ، ولعل الأولى أن يقال : باللحاق يلحق بالأموات وطلاق الميت غير واقع (قوله أن بنى حنيفة وهم حى من العرب ارتدوا بمنع الزكاة)

ولنا ماروى أنّ بنى حنيفة ارتدوا ثم أسلموا ، ولم يأمرهم الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين بتجديد الأنكحة ، والارتداد منهم واقع معا لجهالة التاريخ . ولو أسلم أحدهما بعد الارتداد معا فسد النكاح بينهما لإصرار الآخر على الردة لأنه مناف كابتدائها .

هذا إذا لم يلحق أحدهما بدار الحرب بعد ارتدادهما ، فإن لحق فسد للتباين . والقياس وهو قول زفر والأئمة الثلاثة تقع الفرقة لأن فى ردّتهما ردة أحدهما وهى منافية للنكاح (ولنا) وهو وجه الاستحسان (أن بنى حنيفة ارتدوا ثم أسلموا ولم يأمرهم الصحابة بتجديد الأنكحة) ولما لم يأمروهم بذلك علمنا أنهم اعتبروا ردّتهم وقعت معا ، إذ لو حملت على التعاقب لفسدت أنكحتهم ولزمهم التجديد . وعلمنا من هذا أن الردّة إذا كانت معا لاتوجب الفرقة . واعلم أن المراد عدم تعاقب كل زوجين من بنى حنيفة أما جميعهم فلا لأن الرجال جاز أن يتعاقبوا ولا تفسد أنكحتهم إذا كان كل رجل ارتد مع زوجته ، فحكم الصحابة بعدم التجديد لحكمهم بذلك ظاهرا لاحملا عليه للجهل بالحال كالغرقى والحرقى . وهذا لأن الظاهر أن قيم البيت إذا أراد أمرا تكون قرينته فيه قرينته . هذا والمذكور فى الحكم بارتداد بنى حنيفة فى المبسوط منعهما الزكاة ، وهذا يتوقف على نقل أن منعهم كان لجحد افتراضها ولم ينقل ولا هو لازم . وقتال أبى بكر رضى الله عنه إياهم لا يستلزمه لجواز قتالهم إذا أجمعوا على منعهم حقا شرعيا وعطلوه . والله أعلم . وقد يستدل للاستحسان بالمعنى وهو عدم جهة المنافاة ، وذلك لأن جهة المنافاة بردة أحدهما عدم انتظام المصالح بينهما ، والموافقة على الارتداد ظاهر فى انتظامها بينهما إلى أن يموتا بقتل أو غيره . والأوجه الاستدلال بوقوع ردّة العرب وقتالهم على ذلك فإنه من غير تعيين بنى حنيفة ومانعى الزكاة قطعى ثم لم يؤمروا بتجديد الأنكحة إلى آخر ماذكرنا (قوله ولو أسلم أحدهما بعد ارتدادهما معا فسخ النكاح) لأن ردة الآخر منافية للنكاح فصار بقاؤها كإنشائها الآن حال إسلام الآخر حتى إن كان الذى عاد إلى الإسلام هو الزوج فلا شىء لها إن كان قبل الدخول ، وإن كانت هى التى أسلمت ، فإن كان قبل الدخول فلها نصف المهر ، وإن دخل بها فلها كل المهر فى الوجهين لأن المهر يتقرر بالدخول دينا فى ذمة الزوج والديون لاتسقط بالردّة .

[فروع] الأول نصرانية تحت مسلم تمجسا وقعت الفرقة بينهما عند أبى يوسف خلافا لمحمد . وجه قوله أن الزوج قد ارتد والمجوسية لاتحل للمسلم فإحداثها ماتحرم به كالردة فقد ارتدا معا فلا تقع الفرقة . ولأبى يوسف أن الزوج لايقر على ذلك بل يجبر على الإسلام والمرأة تقر فصار كردة الزوج وحده ، وهذا لما عرف أن الكفر

وبعث إليهم أبو بكر الصديق الجيوش فأسلموا ولم يأمرهم بتجديد الأنكحة والصحابة متوافرة فحل ذلك محل الإجماع يترك به القياس . فإن قيل : الارتداد لم يقع منهم دفعة . أجاب بقوله (والارتداد واقع منهم معا حكما لجهالة التاريخ) فإن التاريخ إذا جهل لم يحكم بتقدم شىء على شىء وإنما يجعل فى الحكم كأنه وجد جملة واحدة (ولوأسلم أحدهما بعد الارتداد) أى بعد ارتدادهما (فسد النكاح لإصرار الآخر على الردة لأنه مناف كابتدائها) على ما تقدم ، ثم إن كانت المرأة هى التى أسلمت قبل الدخول بها فلها نصف المهر عندنا ، وإن كان الزوج فلا شىء لها لأن الفرقة جاءت من جانبها بالإصرار على الردة فإن الإصرار بعد إسلام الآخر كإنشاء الردة ، والله أعلم .

أقول : جاحدا افتراضها(قوله فإن قيل الارتداد لم يقع منهم دفعة) أقول : وكان الكلام فيه (قوله فإن التاريخ إذا جهل لم يحكم بتقدم شىء على شىء) أقول : كما فى الغرقى والحرقى .

(باب القسم)

كله ملة واحدة فالانتقال من كفر إلى كفر لايجعل كإنشائه فصار كما لو تهوّدا فإن الفرقة تقع فيه بالاتفاق . ومحمد يفرق بأن إنشاء المجوسية لاتحل للمسلم فإحداثها كالارتداد . بخلاف اليهودية ، ألا ترى أنها لو تمجست وحدها تقع الفرقة ، ولو تهوّدت لاتقع فافترقا . الثانى يجوز نكاح أهل ملل الكفر بعضهم بعضا فيتزوّج اليهودى مجوسية ونصرانية لأن الكل ملة واحدة من حيث الكفر وإن اختلفت نحلهم كأهل المذاهب ، ثم الولد على دين الكتابى منهم . الثالث إذا أسلم الكافر وتحته أكثر من أربع أو أختان أو أم وبنتها وأسلمن معه وهن كتابيات ؛ فعند أبى حنيفة وأبى يوسف إن كان تزوّجهن فى عقدة واحدة فرّق بينه وبينهن أو فى عقد فنكاح من يحل سبقه جائز ونكاح من تأخر فوقع به الجمع أو الزيادة على الأربع باطل .

(باب القسم)

لما فرغ من ذكر النكاح وأقسامه باعتبار من قام به من المسلمين الأحرار والأرقاء والكفار وحكمه اللازم له من المهر شرع فى حكمه الذى لايلزم وجوده وهو القسم ، وذلك لأنه إنما يثبت على تقدير تعدد المنكوحات ونفس النكاح لايستلزمه ولا هو غالب فيه . والقسم بفتح القاف مصدر قسم ، والمراد التسوية بين المنكوحات ويسمى العدل بينهن أيضا ، وحقيقته مطلقا ممتنعة كما أخبر سبحانه وتعالى حيث قال ـ ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة ـ وقال تعالى ـ فإن خفتم أن لاتعدلوا فواحدة أو ماملكت أيمانكم ـ بعد إحلال الأربع بقوله تعالى ـ فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ـ فاستفدنا أن حل الأربع مقيد بعدم خوف عدم العدل وثبوت المنع عن أكثر من واحدة عند خوفه ، فعلم إيجابه عند تعددهن . وأما قوله صلى الله عليه وسلم « استوصوا بالنساء خيرا » فلا يخص حالة تعددهن ولأنهن رعية الرجل وكل راع مسؤل عن رعيته وإنه فى أمر مبهم يحتاج إلى البيان لأنه أوجبه ، وصرح بأنه مطلقا لايستطاع ، فعلم أن الواجب منه شيء معين ، وكذا السنة جاءت مجملة فيه . روى أصحاب السنن الأربعة عن عائشة رضى الله عنها قالت « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم فيعدل ويقول : اللهم هذا قسمى فيما أملك فلا تلمنى فيما تملك ولا أملك : يعنى القلب » أى زيادة المحبة ، فظاهره أن ماعداه مما هو داخل تحت ملكه وقدرته تجب التسوية فيه ، ومنه عدد الوطآت والقبلات والتسوية فيهما غير لازمة إجماعا ، وكذا ماروى أصحاب السنن الأربعة والإمام أحمد والحاكم من حديث أبى هريرة عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « من كانت له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل » أى مفلوج ، ولفظ أبى داود والنسائى « فمال إلى إحداهما على الأخرى » فلم يبين فيماذا ، وأما مافى الكتاب

(باب القسم)

لما ذكر جواز عدد من النساء لم يكن بد من بيان العدل الوارد من الشارع فى حقهن فى باب على حدة ، لكن تراخى ماهو أهم بالذكر من بيان جواز النكاح وعدمه الراجعين إلى أمر الفروج وغيرهما أوجب تأخيره . والقسم بفتح القاف مصدر قسم القسام المال بين الشركاء : فرّقه بينهم وعين أنصباءهم ، ومنه القسم بين النساء ،

(باب القسم)

(وإذا كان للرجل امرأتان حرّتان فعليه أن يعدل بينهما فى القسم بكرين كانتا أو ثيبين أو إحداهما بكرا والأخرى ثيبا) لقوله عليه الصلاة والسلام « من كانت له امرأتان ومال إلى إحداهما فى القسم جاء يوم القيامة وشقه مائل » وعن عائشة رضى الله عنها « أن النبى عليه الصلاة والسلام كان يعدل فى القسم بين نسائه. وكان يقول : اللهم هذا قسمى فيما أملك فلا تؤاخذنى فيما لا أملك : يعنى زيادة المحبة » ولا فصل فيما روينا . والقديمة والجديدة سواء لإطلاق ما روينا ،

من زيادة قوله فى القسم فالله أعلم بها لكن لانعلم خلافا فى أن العدل الواجب فى البيتوتة والتأنيس فى اليوم والليلة ، وليس المراد أن يضبط زمان النهار فيقدر ماعاشر فيه إحداهما فيعاشر الأخرى بقدره بل ذلك فى البيتوته ، وأما النهار ففى الجملة (قوله وإذا كان للرجل امرأتان حرتان فعليه أن يعدل بينهما) التقييد بحرتين لإخراج ما إذا كانت إحداهما أمة والأخرى حرة لا لإخراج الأمتين . ثم ظاهر العبارة ليس بجيد فإنه يعطى أنهما إذا لم يكونا حرتين ليس عليه أن يعدل بينهما وليس بصحيح ، لكن معنى العدل هنا التسوية لاضد الجور ، فإذا كانتا حرتين أو أمتين فعليه أن يسوى بينهما ، وإن كانتا حرة وأمة فلا يعدل بينهما : أى لايسوّى بل يعدل بمعنى لايجور . وهو أن يقسم للحرّة ضعف الأمة فالإيهام نشأ من اشتراك اللفظ (قوله والقديمة والجديدة سواء لإطلاق ما روينا) وهو معنى قوله لافصل فيما ذكرنا فكان الأولى أن يقال لما ذكرنا : يعنى من قوله ولا فصل الخ : يعنى أن مارويناه يوجب التسوية بين الجديدة والقديمة ، وكذلك ما تلونا من الآية فنحتج به . وعند الشافعى أنه يقيم عند البكر الجديدة أوّل مايدخل بها سبعا يخصها بها ثم يدور وعند الثيب الجديدة ثلاثا إلا إن طلبت زيادة على ذلك فحينئذ يبطل حقها ويحتسب عليها بتلك المدة ، لما روى عن أنس قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « للبكر سبع وللثيب

وقد وقع فى أكثر النسخ (وإذا كان للرجل امرأتان) بتذكير كان مع إسناده إلى المؤنث الحقيقى لوقوع الفصل كما فى قولك حضر القاضى اليوم امرأة ، وكلامه واضح . وقوله (ولافصل فيما روينا) يعنى بين البكر والثيب (والقديمة والجديدة سواء لإطلاق ما روينا) من غير تفرقة بين الجديدة والقديمة . وقال الشافعى : إن كانت الجديدة بكرا يفضلها بسبع ليال وإن كانت ثيبا فبثلاث ، ثم التسوية بعد ذلك لحديث أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « تفضل البكر بسبع والثيب بثلاث » والحاصل أن الاختلاف فى موضعين : فى الفرق بين البكر والثيب ، وفى تفضيل الجديدة على القديمة ، فنفى المصنف الأول بقوله ولا فصل فيما روينا ، والثانى بقوله لإطلاق ما روينا ، وما رواه محمول على التفضيل بالبداءة دون الزيادة كما ذكر فى حديث أم سلمة أنه عليه الصلاة والسلام قال « إن شئت سبعت لك وسبعت لهن » ونحن نقول للزوج أن يبتدئ بالجديدة ولكن

(قال المصنف : وعن عائشة رضى الله عنها « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يعدل فى القسم بين نسائه») أقول : فيه بحث ، فإن فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم لايدل على الوجوب ، وقد صرحوا بأن القسم لم يكن واجبا عليه صلى الله عليه وسلم فكيف يصح الاستدلال بهذا على وجوب القسم ، وتتمة الحديث لاتدل على الوجوب أيضا وإلا يلزم أن تجب التسوية فى الوطآت والقبلات لأنها مما يملك. ويمكن أن يقال : المواظبة المدلول عليها بقوله كان يعدل تدل على الوجوب (قال المصنف : ولا فصل فيما روينا) أقول : قال الإتقانى : أراد به الحديثين المذكورين قبل هذا ، ولكن هذا تكرار من صاحب الهداية بلا فائدة لأن عدم الفصل فيما رواه يعلم من قوله لإطلاق ما روينا وما كان يحتاج إلى ذكرهما جميعا اهـ . وجوابه لايخفى ، فإنه استدل أولا على المسئلة المذكورة فى المختصر ثم بين أن الجديدة والقديمة سواء واستدل عليه أيضا ، وكلاهما محل الخلاف بيننا وبين الشافعية ، لكن كان الأولى أن يقول لما ذكرنا من أنه لافصل الخ بدل قوله لإطلاق ماروينا.

ولأن القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن فى ذلك ، والاختيار فى مقدار الدور إلى الزوج لأن المستحق هو التسوية دون طريقه ، والتسوية المستحقة فى البيتوتة لا فى المجامعة لأنها تبتنى على النشاط ،

ثلاث ثم يعود إلى أهله » أخرجه الدارقطنى عنه . وروى البزار من طريق أيوب السختيانى عن أبى قلابة عن أنس « أن النبى صلى الله عليه وسلم جعل للبكر سبعا وللثيب ثلاثا » وعنه قال : «من السنة إذا تزوج البكر على الثيب أقام عندها سبعا ثم قسم ، وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثا ثم قسم » رواه الشيخان فى الصحيحين . وفى صحيح مسلم عن أم سلمة « لما تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم فدخل عليها أقام عندها ثلاثا ثم قال : إنه ليس بك على أهلك هوان ، إن شئت سبعت لك وإن سبعت لك سبعت لنسائى » وهذا دليل استثناء الشافعى ماذكرنا من أنه يسقط حقها ويحتسب عليها بالمدة إن طلبت زيادة على الثلاث ولأنها لم تألف صحبته ، وقد يحصل لها فى أول الأمر نفرة فكان فى الزيادة إزالتها . ولنا ماروينا من غير فصل وما تلونا وما ذكر من المعنى وهو قوله (ولأن القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن فى ذلك) فلا تفاوت بينهن فى القسم . وأما المعنى الذى علل به فعارض بأن تخصيص القديمة به أولى لأن الوحشة فيها متحققة وفى الجديدة متوهمة ، وإزالة تلك النفرة تمكن بأن يقيم عندها السبع ثم يسبع للباقيات ولم تنحصر فى تخصيصها . واعلم أن المروى إن لم يكن قطعى الدلالة فى التخصيص وجب تقديم الآية ؛ والحديث المطلق لوجوب التسوية وإن كان قطعيا وجب اعتبار التخصيص بالزيادة فإنه لايعارض ما روينا وتلونا لأن مقتضاهما العدل ، وإذا ثبت التخصيص شرعا كان هو العدل فإنا نراه لم ينحصر فى التسوية بل يتحقق مع عدمها لعارض وهو رق إحدى المرأتين حتى كان العدل أن يكون لإحداهما يوما وللأخرى يومين ، فليكن أيضا بتخصيص الجديدة الدهشة بالإقامة سبعا إن كانت بكرا وثلاثا إن كانت ثيبا لتألف بالإقامة وتطمئن . هذا وكما لافرق بين الجديدة والقديمة كذلك لافرق بين البكر والثيب والمسلمة والكتابية الحرتين والمجنونة التى لايخاف منها والمريضة والصحيحة والرتقاء والحائض والنفساء والصغيرة التى يمكن وطؤها والمحرمة والمظاهر منها ومقابلاتهن ، وكذلك يستوى وجوبه على العنين والمجبوب والمريض والصبى الذى دخل بامرأته ومقابليهم . قال مالك : ويدور ولى الصبى به على نسائه لأن القسم حق العباد وهم من أهله ، وصح «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما مرض استأذن نساءه أن يمرض فى بيت عائشة فأذن له » (قوله والاختيار فى مقدار الدور إلى الزوج لأن المستحق هو التسوية دون طريقه) إن شاء يوما يوما وإن شاء يومين يومين أو ثلاثا ثلاثا أو أربعا أربعا . واعلم أن هذا الإطلاق لايمكن اعتباره على صرافته ، فإنه لو أراد أن يدور سنة سنة ما يظن إطلاق ذلك له ، بل ينبغى أن لايطلق له مقدار مدة الإيلاء وهو أربعة أشهر ، وإذا كان وجوبه للتأنيس ودفع الوحشة وجب أن تعتبر المدة القريبة ، وأظن أكثر من جمعة مضارة إلا أن ترضيا به والله أعلم (قوله والتسوية المستحقة فى البيتوتة لا فى المجامعة لأنها تبتنى على النشاط)

بشرط أن يسوى بينهما (ولأن القسم من حقوق النكاح) كالنفقة ، ولا تفاوت فى ذلك بين البكر والثيب والجديدة والقديمة ، كما لاتفاوت بين المسلمة والكتابية والبالغة والمراهقة والمجنونة والعاقلة والمريضة والصحيحة للمساواة بينهن فى سبب هذا الحق وهو الحل الثابت بالنكاح ، وكذلك فى طرف الرجل المجبوب والخصى والعنين والغلام الذى لم يحتلم إذا دخل بامرأته يجب عليهم القسم . وقوله (والاختيار فى مقدار الدور للزوج) ظاهر .

(قال المصنف : لأن المستحق هو التسوية دون طريقه) أقول : ذكر الضمير الراجع إلى التسوية لكونها مصدرا أو كونها بمعنى العدل أو باعتبار كونها المستحق .

(وإن كانت أحداهما حرة والأخرى أمة فللحرة الثلثان من القسم وللأمة الثلث) بذلك ورد الأثر . ولأن حل الأمة أنقص من حل الحرة فلابد من إظهار النقصان فى الحقوق . والمكاتبة والمدبرة وأم الولد بمنزلة الأمة لأن الرق فيهن قائم . قال (ولاحق لهن فى القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن ، والأولى أن يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها) وقال الشافعى : القرعة مستحقة ، لما روى

ولا خلاف فيه . قال بعض أهل العلم : إن تركه لعدم الداعية والانتشار فهو عذر ، وإن تركه مع الداعية إليه لكن داعيته إلى الضرة أقوى فهو مما يدخل تحت قدرته ، فإن أدى الواجب منه عليه لم يبق لها حق ولم يلزمه التسوية . واعلم أن ترك جماعها مطلقا لايحل له ، صرح أصحابنا بأن جماعها أحيانا واجب ديانة لكنه لايدخل تحت القضاء والإلزام إلا الوطأة الأولى ولم يقدّروا فيه مدة ، ويجب أن لايبلغ به مدة الإيلاء إلا برضاها وطيب نفسها به . هذا والمستحب أن يسوّى بينهن فى جميع الاستمتاعات من الوطء والقبلة ، وكذا بين الجوارى وأمهات الأولاد ليحصنهن عن الاشتهاء للزنا والميل إلى الفاحشة ، ولا يجب شىء لأنه تعالى قال ـ فإن خفتم أن لاتعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ـ فأفاد أن العدل بينهن ليس واجبا . هذا فأما إذا لم يكن له إلا امرأة واحدة فتشاغل عنها بالعبادة أو السرارى اختار الطحاوى رواية الحسن عن أبى حنيفة أن لها يوما وليلة من كل أربع ليال وباقيها له لأن له أن يسقط حقها فى الثلاث بتزوّج ثلاث حرائر ، فإن كانت الزوجة أمة فلها يوم وليلة فى كل سبع ، وظاهر المذهب أن لايتعين مقدار لأن القسم معنى نسبى وإيجابه طلب إيجاده وهو يتوقف على وجود المنتسبين فلايطلب قبل تصوره بل يؤمر أن يبيت معها ويصحبها أحيانا من غير توقيت ، والذى يقتضيه الحديث أن التسوية فى المكث أيضا بعد البيتوتة ؛ فى السنن عن عائشة رضى الله عنها قالت « كان النبى صلى الله عليه وسلم لايفضل بعضا على بعض فى القسم فى مكثه عندنا ، وكان قل يوم إلا وهو يطوف علينا جميعا فيدنو من كل امرأة منا من غير مسيس حتى يبلغ إلى التى هو فى يومها فيبيت عندها » وعلم من هذا أن النوبة لاتمنع أن يذهب إلى الأخرى لينظر فى حاجتها ويمهد أمورها . وفى صحيح مسلم «أنهن كن يجتمعن فى بيت التى يأتيها » والذى يظهر أن هذا جائز برضا صاحبة النوبة إذ قد تتضيق لذلك وتتحصر له . ولو ترك القسم بأن أقام عند إحداهن شهرا مثلا أمره القاضى بأن يستأنف العدل لا بالقضاء ، فإن جار بعد ذلك أوجعه عقوبة ، كذا قالوا . والذى يقتضيه النظر أن يؤمر بالقضاء إذا طلبت لأنه حق آدمى وله قدرة على إيفائه (قوله وإن كانت إحداهما حرة والأخرى أمة فللحرة الثلثان من القسم وللأمة الثلث بذلك ورد الأثر) قضى به أبو بكر وعلىّ رضى الله عنهما ، وبالقضاء عن علىّ احتج الإمام أحمد ، وتضعيف ابن حزم إياه بالمنهال بن عمرو وبابن أبى ليلى ليس بشىء لأنهما ثبتان حافظان ، وإذا كانت الأمة مدبرّة رجل أومكاتبته أو أم ولد له فهى كالأمة لقيام الرق فيهن (قوله ولاحق لهن فى القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن ، والأولى أن يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها . وقال الشافعى : القرعة مستحقة

وقوله (بذلك ورد الأثر) يعنى ماروى عن علىّ أنه قال : للحرة ثلثان من القسم وللأمة الثلث ، ولم يرو عن أحد خلافه فحل محل الإجماع . وقوله (ولأن حل الأمة أنقص من حل الحرة) يدل عليه أنه لايحل نكاحها مع الحرة ولابعدها وإنما يحل قبلها وموضعه أصول الفقه (فلا بد من إظهار النقصان فى الحقوق) لأن الحكم يثبت بقدر دليله (والمكاتبة والمدبرة وأم الولد بمنزلة الأمة لأن الرق فيهن قائم) فيكون لهن الثلث من القسم كالأمة . وقوله (ولاحق لهن فى القسم حالة السفر) هذا الكلام يشتمل على ثلاث مسائل : إحداها أن القرعة مستحبة عندنا وعند الشافعى

«أن النبي عليه الصلاة والسلام كان إذا أراد سفر أقرع بين نسائه» إلا أنا نقول: إن القرعة لتطييب قلوبهن فيكون من باب الاستحباب ، وهذا لأنه لاحق للمرأة عند مسافرة الزوج ؛ ألا يرى أن له أن لايستصحب واحدة منهن فكذا له أن يسافر بواحدة منهن ولا يحتسب عليه بتلك المدة(وإن رضيت إحدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز) لأن سودة بنت زمعة رضى الله عنها

لما روى) الجماعة من حديث عائشة(«كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أراد سفرا أقرع بين نسائه) فمن خرج سهمها خرج بها معه » مختصرا ومطولا بحديث الإفك . قلنا ذلك كان استحبابا لتطييب قلوبهن ، وهذا لأن مطلق الفعل لايقتضى الوجوب فكيف وهو محفوف بما يدل على الاستحباب ، وذلك أنه لم يكن القسم واجبا عليه صلى الله عليه وسلم قال تعالى ـ ترجى من تشاء منهن وتؤوى إليك من تشاء ـ وممن أرجأ سودة وجويرية وأم حبيبة وصفية وميمونة ، ذكره الحافظ عبد العظيم المنذرى ، وممن آوى عائشة والباقيات رضى الله عنهن ولأنه قد يثق بإحداهما فى السفر وبالأخرى فى الحضر والقرار فى المنزل لحفظ الأمتعة أو لخوف الفتنة ، أو يمنع من سفر إحداهما كثرة سمنها فتعيين من يخاف صحبتها فى السفر للسفر بخروج قرعتها إلزام للضرر الشديد وهو مندفع بالنافى للحرج . وأما قول المصنف : ألا يرى أن له أن لايستصحب واحدة منهن فكذا له أن يسافر بواحدة منهن فظاهر فيه منع الملازمة ، إذ لايلزم من أن له أن لايسافر بأحد أن يكون له أن يختص واحدة بالسفر بها لأن فى ترك السفر بالكل تسوية ، بخلاف تخصيص إحداهن ، وهذا لأن اللازم التسوية وهو أنه إذا بات عند واحدة ليلة يبيت عند الأخرى كذلك لا على معنى وجوب أن يبيت عند كل واحدة منهما دائما ، فإنه لو ترك المبيت عند الكل بعض الليالى وانفرد لم يمنع من ذلك . (قوله وإن رضيت إحدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز) هذا إذا لم يكن برشوة من الزوج بأن زادها فى مهرها لتفعل أو تزوجها بشرط أن يتزوج أخرى فيقيم عندها يومين وعند المخاطبة يوما فإن الشرط باطل ، ولا يحل لها المال فى الصورة الأولى فله أن يرجع فيه ، وأما إذا دفعت إليه أوحطت عنه مالا ليزيدها فظاهر أنه لايلزم ولا يحل لهما ولها أن ترجع فى مالها (قوله لأن سودة بنت زمعة) بفتحتين(سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يراجعها الخ) هذا يقتضى أنه طلقها . قال محمد : بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم «أنه قال لسودة بنت زمعة اعتدى ، فسألته بوجه الله أن يراجعها وتجعل يومها لعائشة لأن تحشر يوم القيامة مع أزواجه » والذى ورد فى الصحيحين لايتعرض له ، بل إنها جعلت يومها لعائشة رضى

مستحقة ، والثانية أنه إذا سافر بواحدة من غير قرعة ثم رجع هل للباقيات أن يحتسبن تلك المدة أو لا ؟ عندنا ليس لهن ذلك خلافا له ، وهذه بناء على الأولى لأن الإقراع إذا كان مستحقا ولم يفعله كانت مدة سفره نوبة التى كانت معه فينبغى أن يكون عند الأخرى مثل ذلك ليتحقق العدل ، ولكننا نقول وجوب التسوية فى وقت

(قوله وهذه بناء على الأولى) أقول : فيه بحث ، فإنهم صرحوا أنه لو أقام عند واحدة منهن شهرا فى الحضر ورافعته الأخرى لم يؤمر بقضاء مامضى ، وإنما يؤمر أن يسوى بينهما فى المستقبل فكيف يصح قوله وهذه بناء وقوله ولكنا نقول الخ فليتأمل (قال المصنف : فكذا له أن يسافر بواحدة منهن) أقول : فى صحة التفريع كلام. (قال المصنف : لأن سودة بنت زمعة رضى الله عنها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يراجعها وتجعل يوم نوبتها لعائشة رضى الله عنها) أقول : قد صرحوا أن القسم لم يكن واجبا عليه صلى الله عليه وسلم ، فلا يصح قياس الواجب على غير الواجب فليتأمل لجواز أن يكون جعلها إياه لعائشة رضى الله عنها لعدم وجوب القسم .

سألت رسول الله عليه الصلاة والسلام أن يراجعها وتجعل يوم نوبتها لعائشة رضى الله عنها » (ولها أن ترجع فى ذلك) لأنها أسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط ، والله أعلم .

الله عنها ، والذى فى المستدرك يفيد عدمه ، وهو عن عائشة قالت « قالت سودة حين أسنت وفرقت أن يفارقها رسول الله صلى الله عليه وسلم : يارسول الله يومى لعائشة ، فقبل ذلك منها » قالت عائشة رضى الله عنها : ففيها وفى أشباهها أنزل الله تعالى ـ وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح ـ الآية وقال صحيح الإسناد . ويوافق مافى الكتاب مارواه البيهقى عن عروة : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق سودة . فلما خرج إلى الصلاة أمسكت بثوبه فقالت : والله مالى إلى الرجال من حاجة ، ولكنى أريد أن أحشر فى أزواجك ؛ قال : فراجعها وجعل يومها لعائشة » اهـ وهو مرسل . ويمكن الجمع بأنه صلى الله عليه وسلم كان طلقها طلقة رجعية فإن الفرقة فيها لاتقع بمجرد الطلاق بل بانقضاء العدة . فمعنى قول عائشة رضى الله عنها : فرقت أن يفارقها رسول الله صلى الله عليه وسلم : خافت أن يستمر الحال إلى انقضاء العدة فتقع الفرقة فيفارقها . ولا ينافيه بلاغ محمد ابن الحسن فإنه إنما ذكر فى الكنايات اعتدى ، والواقع بهذه الرجعى لا البائن . وفرع بعض الفقهاء أنها إذا وهبت يومها له فله أن يجعله لمن شاء من نسائه ، وإذا جعلته لضرتها المعينة لايجوز له أن يجعله لغيرها لأن الليلة حقها فإذا صرفته لواحدة تعين . وفرعوا إذا كانت ليلة الواهبة تلى ليلة الموهوبة قسم لها ليلتين متواليتين ، وإن كانت لا تليها فهل له نقلها فيوالى لها ليلتين على قولين للشافعية والحنابلة . والأظهر عندى أن ليس له ذلك إلا برضا التى تليها فى النوبة لأنها قد تتضرر بذلك (قوله ولها أن ترجع) قال بعض علماء الحنابلة : ليس لها المطالبة به فإنه خرج مخرج المعاوضة : يعنى عن الطلاق ، وقد سماه الله تعالى صلحا : يعنى قوله تعالى ـ فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا ـ فيلزم كما يلزم ماصولح عليه من الحقوق ، ولو مكنت من طلب حقها بعد ذلك كان فيه تأخير الضرر إلى أكمل حالتيه ولم يكن صلحا بل من أقرب أسباب المعاداة والشريعة منزهة عن ذلك اهـ . وهو إنما يفيد عدم المطالبة بما مضى فيه وبه نقول ، إذ يستلزم عدم حصول المقصود من شرعية ذلك الاصطلاح عند الإعراض . أما فيما بعده فلا لأنه لم يجب فكيف يسقط ؟ فإن قيل : يلزم ثبوت الضرر والمعاداة ، قلنا : لم يحرم عليه طريق الخلاص وقد كان يريد طلاقها لولا ما صالحته عليه ، فإذا أتلفت ما دفعت به المكروه عنها فله أن يفعل ماكان يريد فعله ويحصل الخلاص ، والله سبحانه أعلم .

[فروع نختم بها كتاب النكاح] لايجوز أن يجمع بين الضرائر إلا بالرضا ، ويكره وطء إحداهما بحضرة الأخرى فلها أن لا تجيبه إذا طلب ، وله أن يمنعها من أكل مايتأذى من رائحته ومن الغزل ، وعلى هذا له أن يمنعها من التزين بما يتأذى بريحه كأن يتأذى برائحة الحناء المخضر ونحوه ، وله ضربها بترك الزينة إذا كان يريدها وترك الإجابة وهى طاهرة والصلاة وشروطها . إلا أن تكون ذمية فليس له جبرها على غسل الجنابة والحيض والنفاس عندنا ، ويضربها على الخروج من منزله بلا إذن إلا إن احتاجت إلى الاستفتاء فى حادثة ولم يرض الزوج أن يستفتى

استحقاق القسم عليه وفى حالة السفر ليس بمستحق فلا تجب التسوية فلا تكون تلك المدة محسوبة من نوبتها ، والثالثة أن بعضهن إن رضيت بترك قسمها لصاحبتها جاز ، وإن رجعت فى ذلك فكذلك وكلامه واضح . وقوله (لأنها أسقطت حقا لم يجب بعد فلايسقط) توضيحه أن الإسقاط إنما يكون فى القائم لأن ماليس كذلك كان الرجوع عنه امتناعا لا إسقاطا فكان بمنزلة العارية ، وللمعير أن يرجع متى شاء لما قلنا فكذا هذا ، والله تعالى أعلم .

كتاب الرضاع

قال (قليل الرضاع وكثيره سواء إذا حصل فى مدة الرضاع تعلق به التحريم) وقال الشافعى رحمه الله : لايثبت

لها وهو غير عالم ، وما لم تقع حاجة إلى الاستفتاء له أن يمنعها عن الخروج إلى مجلس العلم . وإلا أن يكون أبوها زمنا وليس له من يقوم عليه مؤمنا كان أو كافرا فإن عليها أن تعصى الزوج فى المنع . ولو كان له أم شابة تخرج إلى الوليمة والمصيبة أو لغيرهما لا يمنعها ابنها مالم يتحقق أن خروجها للفساد فحينئذ يرفع الأمر إلى القاضى ، فإن أذن له بالمنع منعها لقيامه مقامه ، والله أعلم .

كتاب الرضاع

لما كان المقصود من النكاح الولد وهو لايعيش غالبا فى ابتداء نشأته إلا بالرضاع وكان له أحكام تتعلق به وهى من آثار النكاح المتأخرة عنه بمدة وجب تأخيره إلى آخر أحكامه . قيل : وكان ينبغى أن يذكره فى المحرمات لكنه أفرده بكتاب على حدة لاختصاصه بمسائل كشهادة النساء وخلط اللبن ونحوه . والحق أنه ذكر فى المحرمات ماتتعلق المحرمية به . وإنما ذكر هنا التفاصيل الكثيرة . والرضاع والرضاعة بكسر الراء فيهما وفتحها أربع لغات والرضع الخامسة . وأنكر الأصمعى الكسر مع الهاء . وفعله فى الفصيح من حد علم يعلم ، وأهل نجد قالوا من باب ضرب وعليه قول السلولى يذم علماء زمانه : * وذموا لنا الدنيا وهم يرضعونها * ثم قيل : كتاب الرضاع ليس من تصنيف محمد رحمه الله إنما ألفه بعض أصحابه ونسبه إليه ليروّجه ولذا لم يذكره الحاكم الشهيد أبو الفضل فى مختصره المسمى بالكافى مع التزامه إيراد كلام محمد رحمه الله فى جميع كتبه محذوفة التعاليل . وعامّتهم على أنه من أوائل مصنفاته . وإنما لم يذكره الحاكم اكتفاء بما أورده من ذلك فى كتاب النكاح . وهو فى اللغة : مصّ اللبن من الثدى . ومنه قولهم لئيم راضع : أى يرضع غنمه ولا يحلبها مخافة أن يسمع صوت حلبه فيطلب منه اللبن . وفى الشرع : مص الرضيع اللبن من ثدى الآدمية فى وقت مخصوص : أى مدة الرضاع المختلف فى تقديرها (قوله قليل الرضاع وكثيره سواء إذا تحقق فى مدة الرضاع تعلق به التحريم) وبه قال مالك ؛ أما لو شك فيه بأن

كتاب الرضاع

لم يذكر عامة مسائل الرضاع فى فصل المحرمات وأتى بكتاب له على حدة لما أن له أحكاما جمة مخصوصة به لايشاركه فيها غيره . وسبب الحرمة بالرضاع الجزئية بنشور العظم وإنبات اللحم كالجزئية بالإعلاق فى حرمة المصاهرة ، وكما أن الإعلاق أمر خفى وله سبب ظاهر أقيم مقامه وهو الوطء كذلك نشور العظم وإنبات اللحم أمر خفى وله سبب ظاهر وهو الإرضاع فأقيم مقامه ، والرضاع بفتح الراء وهو الأصل . وبكسرها وهو لغة فيه مص اللبن من الثدى . وفى الشريعة عبارة عن مص شخص مخصوص : وهو أن يكون صبيا رضيعا من ثدى مخصوص وهو ثدى الآدمية فى وقت مخصوص على ما نذكر بعد (وقليل الرضاع وكثيره إذا حصل فى مدة الرضاع تعلق به التحريم) عندنا . وقال الشافعى : لايثبت الرضاع إلا بخمس رضعات يكتفى الصبى بكل واحدة منها .

كتاب الرضاع

(قوله وسبب الحرمة بالرضاع الجزئية الخ) أقول : يعنى شبهة الجزئية .

التحريم إلا بخمس رضعات ، لقوله عليه الصلاة والسلام : «لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الإملاجة ولا الإملاجتان» .

أدخلت الحلمة فى فم الصغير وشكت فى الارتضاع لاتثبت الحرمة بالشك . وهو كما لو علم أن صبية أرضعتها امرأة من قرية ولا يدرى من هى فتزوجها رجل من أهل تلك القرية صح لأنه لم يتحقق المانع من خصوصية امرأة ، والواجب على النساء أن لايرضعن كل صبى من غير ضرورة . وإذا أرضعن فليحفظن ذلك ويشهرنه ويكتبنه احتياطا . وقال الشافعى رحمه الله : لايثبت التحريم إلا بخمس رضعات مشبعات فى خمسة أوقات متفاصلة عرفا . وعن أحمد رحمه الله روايتان كقولنا وكقوله لقوله صلى الله عليه وسلم «لاتحرّم المصة والمصتان» الحديث رواه مسلم فى حديثين صدره حديث عائشة رضى الله عنها أنه صلى الله عليه وسلم قال «لاتحرّم المصة والمصتان» وآخره عن أم الفضل بنت الحرث قالت «دخل أعرابى على رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو فى بيتى فقال : يارسول الله إنى كانت لى امرأة فتزوجت عليها أخرى ، فزعمت امرأتى الأولى أنها أرضعت الحدثى رضعة أو رضعتين ، فقال صلى الله عليه وسلم : لاتحرم الإملاجة والإملاجتان» وأخرج ابن حبان فى صحيحه حديثا واحدا عن عبد الله بن الزبير عن أبيه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لاتحرّم المصة والمصتان ولا الإملاجة والإملاجتان» فقول شارح فى قوله ولا الإملاجة والإملاجتان إنه لم يثبت فى كتب الحديث ليس بصحيح. والإملاجة : الإرضاعة : والتاء للوحدة ، والإملاج : الإرضاع . وأملجته أرضعته ، وملجه وأمه : رضعها. وهذا الحديث لايصلح لإثبات مذهبه ، وقيل يمكن أن يثبت به مذهبه بطريق هو أن المصة داخلة فى المصتين فحاصله لاتحرم المصتان ولا الإملاجتان ، فنفى التحريم عن أربع فلزم أن يثبت بخمس وهذا ليس بشىء . أما أولا فلأن مذهبه ليس التحريم بخمس مصات بل بخمس مشبعات فى أوقات ، وأما ثانيا فلأن المصة غير الإملاجة ؛ فإن المصة فعل الرضيع ، والإملاجة الإرضاعة فعل المرضعة . فحاصل المعنى أنه صلى الله عليه وسلم نفى كون الفعلين محرمين منه ومنها ، وعلى هذا فالتحقيق أنه لايتأتى حديثا واحدا لأن الإملاج ليس حقيقة المحرم بل لازمه من الارتضاع ، فنفى تحريم الإملاج نفى تحريم لازمه ، فليس الحاصل من «لاتحرم الإملاجتان» إلا لاتحرّم لازمهما : أعنى المصتين فلو جمعا فى حديث واحد كان الحاصل لاتحرم المصتان فلزم أن لايصح أن يراد إلا المصتان لا الأربع . فإن قلت : فقد ذكرت آنفا حديثا واحدا فى صحيح ابن حبان من رواية ابن الزبير عن أبيه رضى الله عنه . قلت : يجب كون الراوى وهو الزبير أراد أن يجمع بين ألفاظه صلى الله عليه وسلم التى سمعها منه فى وقتين كأنه قال : قال صلى الله عليه وسلم «لاتحرّم المصة ولا المصتان» وقال أيضا «لاتحرّم الإملاجة ولا الإملاجتان» وقيل بطريق آخر وهو أنه ناف لمذهبنا فيثبت به مذهبه لعدم القائل بالفصل وليس كذلك فإنه قال بالفصل أبو ثور وابن المنذر وداود وأبو عبيد وهؤلاء أئمة الحديث ، قالوا : المحرّم ثلاث رضعات ، اللهم إلا أن لايعتبر قولهم ، وفيه نظر لقوة وجهه بالنسبة إلى وجه قول الشافعى رحمه الله وذلك أن الذى أثبت به مذهبه ما فى مسلم عن عائشة رضى الله عنها قالت :

لقوله عليه الصلاة والسلام «لاتحرم المصة ولا المصتان ولا الإملاجة ولا الإملاجتان» والمصة فعل الرضيع والإملاجة فعل المرضع وهو الإرضاع . ووجه الاستدلال به أنه يدل على أن القليل منه غير محرم ، وأما أن يكون منحصرا فى خمس مشبعات فليس له دلالة على ذلك لكن لما انتفى به مذهب خصمه ثبت مذهبه لعدم القائل

قال المصنف (لقوله صلى الله عليه وسلم «لاتحرم المصة ولا المصتان ولا الإملاجة» الحديث) أقول : الإملاجة : الإرضاعة ، والتاء للوحدة

«كان فيما نزل من القرن عشر رضعات معلومات يحرّمن ، ثم نسخن بخمس رضعات معلومات يحرّمن ، فتوفى النبي صلى الله عليه وسلم وهن فيما يقرأ من القرآن» . قالوا وهذا يدل على قرب النسخ حتى إن من لم يبلغه كان يقرؤها وهو لا يستقيم إلا على إرادة نسخ الكل وإلا لزم ضياع بعض القرآن الذى لم ينسخ وعدمه كما عن الروافض ، وإلا لوجب أن يتلى خمس رضعات الخ ، فدار الأمر بين الحكم بنسخ الكل لعدم التلاوة الآن فينبغى أن يوقف ثبوت الحرمة على خمس رضعات وعدمه فيثبت قول الروافض ذهب كثير من القرآن بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم لم تثبته الصحابة رضى الله عنهم ، وإذا بطل التمسك به وإن كان إسناده صحيحا لانقطاعه باطنا وثبت نفى تحريم المصة والمصتان والرضاع محرم وجب التحريم بالثلاث . وما روى عنها أنه كان فى صحيفة تحت سريرى فلما مات صلى الله عليه وسلم تشاغلنا بموته فدخلت دواجن فأكلتها لاينفى ذلك النسخ : يعنى كان مكتوبا ولم يغسل بعد للقرب حتى دخلت الدواجن . وإلا فالقرآن لاتجوز الزيادة فيه ولا النقص بعده صلى الله عليه وسلم ، قال تعالى ـ إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون ـ وما قيل ليكن نسخ الكل ويكون السخ التلاوة مع بقاء الحكم وإن هذا مما لاجواب عنه فليس بشىء ، لأن ادعاء بقاء حكم الدال بعد نسخه يحتاج إلى دليل ، وإلا فالأصل أن نسخ الدال يرفع حكمه ، وأما ما نظر به من « الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما » فلولا ماعلم بالسنة والإجماع لم يثبت به وإذا احتاج إلى ثبوت كون المحرّم الخمس ولم يكن هذا الحديث مثبتا له فالدليل عليه مستأنف ، وما ذكر له أولا قد سمعت ما فيه فحينئذ تمسكهم فى الثلاث أظهر من متمسكه فى الخمس ونحن إلى جوابه أحوج فكيف لايعتبر ؟ نعم أحسن الأدلة له حديث عائشة رضى الله عنها فى مسلم وغيره قالت « جاءت سهلة بنت سهيل امرأة أبى حذيفة إلى النبيّ صلى الله عليه وسلم فقالت : يارسول الله إنى أرى فى وجه أبى حذيفة من دخول سالم وهو حليفه ، فقال صلى الله عليه وسلم : أرضعى سالما خمسا تحرمى بها عليه » إلا أن مسلما لم يذكر عددا . وكذا السنن المشهورة ، بل نقل فى مسند الشافعى رحمه الله مخالفا لها على مافيه . والجواب أن التقدير مطلقا منسوخ صريح بنسخه ابن عباس رضى الله عنهما حين قيل له : إن الناس يقولون إن الرضعة لاتحرم ، فقال : كان ذلك ثم نسخ . وعن ابن مسعود رضى الله عنه قال : آل أمر الرضاع إلى أن قليله وكثيره يحرّم . وروى عن ابن عمر أن القليل يحرم ، وعنه أنه قيل له : إن ابن الزبير رضى الله عنه يقول : لا بأس بالرضعة والرضعتين ، فقال : قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير ، قال تعالى ـ وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ـ فهذا إما أن يكون ردّ للرواية لنسخها أو لعدم صحتها أو لعدم إجازته تقييد إطلاق الكتاب بخبر الواحد فإنه تعالى علق التحريم بفعل الرضاعة من غير فصل ، وهذا ما قال المصنف رحمه الله ، وما رواه مردود بالكتاب أو منسوخ به ، ثم الذى يحرم

بالفصل ، وفيه نظر لأن من أصحاب الظواهر من يقول بثلاث رضعات مشبعات ، ولو تمسك بحديث عائشة « كان فيما أنزل عشر رضعات معلومات يحرمن فنسخن بخمس رضعات معلومات يحرمن ، وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم » كان أدل على المطلوب ، لكن قولها مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم يضعفه لأنه لانسخ بعده ، ولنا قوله تعالى ـ وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم ـ وقوله عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع مايحرم

(قوله لكن قولها مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم يضعفه لأنه لانسخ بعده) أقول : قال الرافعى فى شرح الوجيز : وحمل ذلك على قراءة حكمها انتهى ، يعنى قولها وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم محمول على قراءة الحكم ، وبه يندفع ماذكره الشارح .

ولنا قوله تعالى ـ وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم ـ الآية ، وقوله عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » من غير فصل ، ولأن الحرمة وإن كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشور العظم وإنبات اللحم لكنه أمر مبطن فتعلق الحكم بفعل الإرضاع ، وما رواه مردود بالكتاب أو منسوخ به ، وينبغى أن يكون فى مدة الرضاع لما نبين (ثم مدة الرضاع ثلاثون شهرا عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا سنتان) وهو قول الشافعى رحمه الله .

به فى حديث سهلة أنه صلى الله عليه وسلم لم يرد أن يشبع سالما خمس شبعات فى خمسة أوقات متفاصلات جائعا لأن الرجل لايشبعه من اللبن رطل ولا رطلان فأين تجد الآدمية فى ثديها قدر مايشبعه ؟ هذا محال عادة ، فالظاهر أن معدود خمسا فيه المصات ، ثم كيف جاز أن يباشر عورتها بشفتيه فلعل المراد أن تحلب له شيئا مقداره خمس مصات فيشرب به وإلا فهو مشكل . هذا وهو منسوخ من وجه آخر أيضا كما سيأتى بيانه والله أعلم (قوله ولنا قوله تعالى ـ وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم ـ) تقدم فى استدلال ابن عمر رضى الله عنهما ، وأما قوله صلى الله عليه وسلم « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » فحديث فى الصحيحين مشهور (قوله ولأن الحرمة وإن كانت لشبهة البعضية) جواب سؤال هو أن الحرمة بالرضاع لاختلاط البعضية بسبب النشوء الكائن عنه وذلك لايتحقق بأدنى شىء . أجاب بأن ذلك حكمة لأنه خفى والأحكام لاتتعلق بها لخفائها بل بالظاهر المنضبط وهو فعل الارتضاع . فلو قال : الظاهر لابد من كونه مظنة للحكمة ومطلقه ليس مظنة النشوء فلا يتعلق التحريم به . قلنا : ولا يتوقف النشوء على خمس مشبعات بل واحدة تفيده ، فالتعلق بخمس زيادة تستلزم تأخير الحرمة عن وقت تعلقها . والحق أن الرضاع وإن قل يحصل به نشوء بقدره فكان الرضاع مطلقا مظنة بالنسبة إلى الصغير . وقولنا قول جمهور الصحابة منهم علىّ وابن مسعود ، وأسند الرواية عنهما به النسائى وابن عباس رضى الله عنهما وجمهور التابعين ، هذا والأولى أن يقال للبعضية لأن الحرمة لشبهة البعضية وإقامة السبب مقام المسبب إنما هى حرمة المصاهرة ، أما فى الرضاع فحقيقة الجزئية باللبن هى المحرمة ، لكن لما كان التحريم يثبت بمجرد حصول اللبن فى الجوف قبل استحالته كان المحرم شبهتها : أى مايئول إلى الجزئية . وينبغى أن يكون الرضاع الموجب للتحريم فى مدة الرضاع على مانبين فى المسئلة التى تليها وهى قوله (ثم مدة الرضاع) التى إذا وقع الرضاع فيها تعلق به التحريم (ثلاثون شهرا عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : سنتان) وهو قول الشافعى ومالك وأحمد ، وقال زفر : ثلاثة أحوال ، وعن مالك رحمه الله سنتان وشهر ، وفى أخرى شهران ، وفى أخرى مادام محتاجا إلى اللبن غير مستغن عنه . وقال بعضهم : لاحد له للإطلاقات فيوجب التحريم ولو فى حال الكبر ، وعن بعضهم إلى خمس عشرة سنة ، وقال

من النسب » من غير فصل : يعنى فى الكتاب والسنة ، والزيادة على الكتاب بخبر الواحد لاتجوز على ماعر (قوله ولأن الحرمة وإن كانت لشبهة البعضية) دليل معقول يتضمن جواب : سؤال مقدر تقديره : تحريم الرضاع باعتبار إنشار العظم وإنبات اللحم وليس ذلك فى القليل . وتقرير الجواب الحرمة وإن كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشور العظم وإنبات اللحم لكنه أمر مبطن فتعلق الحكم بفعل الإرضاع . وقوله (وما رواه) جواب عن استدلال الخصم بأن ما رويتم إما مردود بالكتاب لأن العمل به أقوى على تقدير أن يكون الكتاب قبله أو منسوخ إن كان بعده . والإنشار بالراء : الإحياء ، وفى التنزيل ـ ثم إذا شاء أنشره ـ ومنه « لارضاع إلا ما أنشر العظم وأنبت اللحم » أى قوّاه وشدّه كأنه أحياه ، ويروى بالزاى كذا فى المغرب . قوله (وينبغى أن يكون فى مدة الرضاع) ظاهر .

وقال زفر : ثلاثة أحوال ، لأن الحول حسن للتحول من حال إلى حال ، ولا بد من الزيادة على الحولين لما نبين فيقدر به . ولهما قوله تعالى ـ وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ـ ومدة الحمل أدناها ستة أشهر فبقى للفصال حولان . وقال النبي عليه الصلاة والسلام « لا رضاع بعد حولين » وله هذه الآية . ووجهه أنه تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالأجل المضروب للدينين ، إلا أنه قام المنقص فى أحدهما فبقى فى الثانى على ظاهره ، ولأنه لابد من تغير الغذاء لينقطع الإنبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعوّد الصبى فيها غيره فقدرت بأدنى مدة الحمل لأنها مغيرة ، فإن غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع كما يغاير غذاء الفطيم ، والحديث محمول على مدة الاستحقاق .

آخرون إلى أربعين سنة ، ولا عبرة بهذين القولين (قوله لأن الحول حسن الخ) هذا وجه قول زفر رحمه الله . وحاصله أنه لابد من مدة يتعوّد فيها الصبى غير اللبن لينقطع الإنبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعوّد فيها الصبى تغير الغذاء والحول حسن للتحوّل من حال إلى حال لاشتماله على الفصول الأربعة فقدر بالثلاثة وهذا هو المراد بقوله لما نبين : أى فى دليل أبى حنيفة رحمه الله . ولهما قوله تعالى ـ وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ـ ومدة الحمل أدناها ستة أشهر فبقى للفصال حولان . وقال صلى الله عليه وسلم « لا رضاع بعد حولين » رواه الدارقطنى عن ابن عباس يرفعه هكذا «لا رضاع إلا ما كان من حولين » . وظاهر أن المراد نفى الأحكام وقال : لم يسنده عن ابن عيينة إلا الهيثم بن جميل وهو ثقة حافظ اهـ . وكذا وثقه أحمد رحمه الله والعجلى وابن حبان وغير واحد ، وروى موقوفا على ابن عباس رضى الله عنهما بلا ريب ، وأخرجه ابن أبى شيبة موقوفا على ابن مسعود وعلىّ والدارقطنى على عمر . وأظهر الأدلة لهما قوله تعالى ـ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ـ فجعل التمام بهما ولا مزيد على التمام . ولأبى حنيفة رحمه الله هذه الآية . ووجهه أنه سبحانه ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالأجل المضروب للدينين على شخصين بأن قال أجلت الدين الذى لى

وقوله (لأن الحول حسن للتحوّل من حال إلى حال) باعتبار حولان الحول الموجب لتغيير الطباع ، ولابد من الزيادة على الحولين لما نبين : يعنى فى وجه قول أبى حنيفة : فتقدر ، أى الزيادة به : أى بالحول . ولهما قوله تعالى ـ وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ـ ووجه الاستدلال ماذكره أنه جعل مدة الحمل والفصال ثلاثين شهرا ، ومدة الحمل أدناها ستة أشهر فبقى للفصال حولان . وقوله (عليه الصلاة والسلام « لا رضاع بعد حولين » ولأبى حنيفة رحمه الله هذه الآية) يعنى قوله تعالى ـ وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ـ (ووجهه ماذكره أن الله تعالى ذكر شيئين) يعنى الحمل والفصال (وضرب لهما مدة) وهو قوله تعالى ـ ثلاثون شهرا ـ وكل ما كان كذلك كانت المدة لكل واحد منهما بكمالها كما فى الأجل المضروب للدينين مثل أن يقول لفلان علىّ ألف درهم وخمسة أقفزة حنطة إلى شهرين يكون الشهران أجلا لكل واحد من الدينين بكماله إلا أنه قام المنقص فى أحدهما : يعنى الحمل وهو حديث عائشة : «الولد لا يبقى فى بطن أمه أكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل» . فإن قلت : هذا المنقص على تقدير كونه حديثا يلزم به تغيير الكتاب وهو لا يجوز . أجيب بأن الكتاب مؤول . فإن عامة أهل التفسير جعلوا الأجل المضروب للدينين متوزعا عليهما فلم يكن دلالة الكتاب على ما استدل به المصنف قطعية ، ويؤيده ما روى أن رجلا تزوّج

(قال المصنف : لما نبين فيقدر به) أقول : بعد ثلاثة أسطر (قوله فلم تكن دلالة الكتاب الخ) أقول : بل لا احتمال لتلك الدلالة وإلا يلزم التغيير المستحيل فلا يصح الاستدلال .

. . . .

على فلان والدين الذى لى على فلان سنة يفهم منه أن السنة بكمالها لكل ، أو على شخص فيقول لفلان على ألف درهم وعشرة أقفزة إلى سنة فصدقه المقر له فى الأجل ، فإذا مضت السنة يتم أجلهما جميعا إلا أنه أقام المنقص فى أحدهما : يعنى فى مدة الحمل ، وهو قول عائشة رضى الله عنها : « الولد لايبقى فى بطن أمه أكثر من سنتين ولو بقدر فلكة مغزل » . وفى رواية : « ولو بقدر ظل مغزل » . ومثله مما لايقال إلا سماعا لأن المقدرات لايهتدى العقل إليها وستخرجه فى موضعه إن شاء الله تعالى . وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم « الولد لايبقى فى بطن أمه أكثر من سنتين » فتبقى مدة الفصال على ظاهرها ، غير أن هذا يستلزم كون لفظ ثلاثين مستعملا فى إطلاق واحد فى مدلول ثلاثين وفى أربعة وعشرين ، وهو الجمع بين الحقيقى والمجازى بلفظ واحد ، وكونه بالنسبة إلى شيئين لاينفى كونه كذلك وهو الممتنع ، وإلا لم يمتنع لأنه ما من جمع إلا بالنسبة إلى شيئين . وإشكال آخر وهو أن أسماء العدد لايتجوز بشىء منها فى الآخر ، نص عليه كثير من المحققين لأنها بمنزلة الإعلام على مسمياتها حتى منعت الصرف مع سبب واحد فقالوا ستة عشر ضعف ثمانية بلا تنوين ، ومما ذكره صاحب النهاية فى فصل المشيئة من كتاب الطلاق ، إلا أنه يقتضى أن نحو عشرة إلا اثنين لم يرد به ثمانية بل عشرة فأخرج ثم أسند إلى ثمانية ، وهو قول طائفة من الأصوليين مطلقا ومختار طائفة من المشايخ فيما إذا كان استثناء من عدد منهم شمس الأئمة وفخر الإسلام والقاضى أبو زيد خلاف قول الجمهور وقد حققناه فى الأصول . ويمكن أن يستدل لأبى حنيفة رحمه الله بقوله تعالى ـ والوالدات يرضعن أولادهن ـ الآية بناء على أن المراد من الوالدات المطلقات بقرينة ـ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن ـ فإن الفائدة فى جعله نفقتها من حيث هى ظئر أوجه منها فى اعتباره إيجاب نفقة الزوجة لأن ذلك معلوم بالضرورة قبل البعثة ، ومن قوله تعالى ـ لينفق ذو سعة ـ الآية ولأن نفقتها لاتختص بكونها والدة مرضعة بل متعلقة بالزوجية ، بخلاف اعتبارها نفقة الظئر ويكون حينئذ أجرة لها لأن النفقة لها باعتبارها ظئرا غير زوجة لاتكون إلا أجرة لها ، واللام من ـ لمن أراد ـ متعلق بيرضعن : أى يرضعن للآباء الذين أرادوا إتمام

امرأة فولدت لستة أشهر ، فجىء بها إلى عثمان فشاور فى رجمها ، فقال ابن عباس : إن خاصمتكم بكتاب الله خصمتكم ، قالوا : كيف ؟ قال : إن الله تعالى يقول ـ وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ـ وقال ـ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ـ فحمله ستة أشهر وفصاله حولان ، فتركها . وإذا لم تكن دلالتها على ذلك كذلك لم يلزم التغيير وإنما يلزم إثبات مسئلة فرعية بآية مؤولة ولا بعد فيه ، ولأنه لابد من تغير الغذاء لينقطع الإنبات باللبن ويحصل تغير إبقاء لحياته ، وذلك أى التغير بزيادة مدة يتعود الصبى فيها غيره لأن القطع عن اللبن دفعة من غير أن يتعود غيره مهلك ، وهذا هو الذى وعده المصنف لزفر لكنه قدره بسنة كما فى العنين ، وقدرناه بأدنى مدة الحمل لأنها مغيرة فإن غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع ، فإن غذاء الجنين كان غذاء أمه ثم صار لبنا خالصا ، كما أن غذاء الرضيع يغاير غذاء الفطيم لأن غذاء الرضيع اللبن وغذاء الفطيم اللبن مرة والطعام أخرى لأنه يفطم تدريجا ، فكان الحاصل أنه لابد من تغيير الغذاء وتغيير الغذاء لستة أشهر فلا بد من ستة أشهر . وقوله والحديث محمول : يعنى قوله عليه الصلاة والسلام « لا رضاع بعد حولين » محمول على مدة الاستحقاق . وأبهم المصنف الاستحقاق

(قوله وإذا لم تكن دلالتها على ذلك كذلك) أقول : يعنى إذا لم تكن دلالتها عليه قطعية (قوله وإنما يلزم إثبات مسألة فرعية بآية مؤولة ولا بعد فيه) أقول : إمكان الإثبات لايكون إلا بإمكان الحمل على ذلك المعنى ، وذلك منتف .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

وعليه يحمل النص المقيد بحولين فى الكتاب . قال (وإذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم) لقوله

الرضاعة ـ وعليهم رزقهن وكسوتهن بالمعروف أجرة لهن فى الحولين ، وإذا كانت الواو من ـ وعلى المولود له ـ للحال من فاعل ـ يتم ـ كان أظهر فى تقييد الأجرة المستحقة على الآباء أجرة للمطلقة لحولين ،وغاية مايلزم أنه كان مقتضى الظاهر أن يقال وعليه أو وعليهم لكن ترك للتنبيه على علة الاستحقاق عليه وهو كون الولد منسوبا إليه وأن النسبة إلى الآباء . والحاصل حينئذ : يرضعن حولين لمن أراد من الآباء أن يتم الرضاعة بالأجرة ، وهذا لايقتضى أن انتهاء مدة الرضاعة مطلقا بالحولين ، بل مدة استحقاق الأجرة بالإرضاع ، ثم يدل على بقائها فى الجملة قوله تعالى ـ فإن أرادا فصالا ـ عطفا بالفاء على يرضعن حولين فعلق الفصال بعد الحولين على تراضيهما . وقد يقال : كون الدليل دل على بقاء مدة الرضاع المحرم بعد الحولين ، فأين الدليل على انتهائها لستة أشهر بعدهما بحيث لو أرضع بعدها لايقع التحريم . وما ذكر فى وجه زيادتها لايفيد سوى أنه إذا أريد الفطام يحتاج إليها ليعود فيها غير اللبن قليلا قليلا لتعذر نقله دفعة . فأما أنه يجب ذلك بعد الحولين ويكون من تمام مدة التحريم شرعا فليس بلازم مما ذكر من الأدلة ، ولا شك أن الشرع لم يحرم إطعامه غير اللبن قبل الحولين ليلزم زيادة مدة التعود عليهما ، فجاز أن يعود مع اللبن غيره قبل الحولين بحيث تكون العادة قد استقرت مع انقضائهما فيفطم عنده عن اللبن بمرة فليست الزيادة بلازمة فى العادة ولا فى الشرع ، فكان الأصح قولهما وهو مختار الطحاوى ، وقول زفر على هذا أولى بالبطلان وهو ظاهر ، وحينئذ فقوله تعالى ـ فإن أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور ـ المراد منه قبل الحولين فإنه موضع التردد فى أنه يضر بالولد أولا فيتشاوران ليظهر وجه الصواب فيه . وأما ثبوت الضرر بعد الحولين فقل أن يقع به من حيث أنه فطام بل إن كان فمن جهة أخرى فتمنعه العمومات المانعة من إدخال الضرر على غير المستحق له (قوله وإذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم) فطم أولم يفطم ، حتى لو ارتضع لايثبت التحريم خلافا لمن قال بالتحريم أبدا للإطلاقات الدالة على ثبوت التحريم به ، وهو مروى عن عائشة رضى الله عنها فكانت إذا أرادت أن يدخل عليها أحد من الرجال أمرت أختها أم كلثوم أو بعض بنات أختها أن ترضعه خمسا ، ولحديث سهلة المتقدم . والجواب أن هذا كان ثم نسخ بآثار كثيرة عن النبى صلى الله عليه وسلم والصحابة رضوان الله عليهم أجمعين تفيد اتفاقهم عليه . فمنها ماقدمناه فى استدلالهما من قوله صلى الله عليه وسلم « لا رضاع

لأن بعضهم قال : المراد من : لا رضاع بعد حولين : لايستحق الولد الرضاع بعد الحولين . وقال بعضهم : نفى استحقاق الأجرة ، وكثير منهم قالوا : إن مدة الرضاع فى حق استحقاق الأجر على الأب مقدرة بحولين عند الكل حتى لاتستحق المطلقة أجرة الرضاع بعد الحولين بالإجماع ، وهذا لأن قوله عليه الصلاة والسلام « لا رضاع » لنفى الجنس ، وعينه قد توجد بعد حولين ، فكان عدم الوجوب وعدم الجواز محتملين فلم يكن حجة ، وعليه : أى وعلى الاستحقاق يحمل النص المقيد بحولين فى الكتاب : يعنى قوله تعالى ـ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ـ بدليل قوله تعالى بعده ـ فإن أرادا فصالا عن تراض ـ فإنه ذكر بحرف الفاء معلقا له بالتراضى ، ولو كان الرضاع بعده حراما لم يعلق به لأنه لا أثر للرضا فى إزالة المحرم شرعا (قوله وإذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم) سواء فطم أو لم يفطم ، وإذا فطم قبلها لم يعتبر الفطام إلا فى رواية عن أبى حنيفة ، حتى لو فطم صبى قبل الحولين أو قبل ثلاثين شهرا عند أبى حنيفة ثم أرضعته امرأة قبل أن تمضى عليه مدة الرضاع تعلق به التحريم فى ظاهر الرواية دون رواية الحسن إذا استغنى عنه ، وما فى الكتاب ظاهر ، ومن الناس من سوى بين الصغير

عليه الصلاة والسلام « لا رضاع بعد الفصال » ولأن الحرمة باعتبار النشوء وذلك فى المدة إذ الكبير لايتربى به .

إلا ما كان من حولين » وقدمنا تخريجه مرفوعا وموقوفا على ابن عباس وعلىّ وعمر وابن مسعود رضى الله عنهم أجمعين ، وما ذكره المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام « لا رضاع بعد الفصال » والمراد نفى الحكم لأنه قد ثبت هويته بعده . وما فى الترمذى من حديث أم سلمة أنه صلى الله عليه وسلم قال « لايحرم من الرضاع إلا مافتق الأمعاء فى الثدى وكان قبل الفطام » قال الترمذى : حديث حسن صحيح . وفى سنن أبى داود من حديث ابن مسعود يرفعه « لايحرم من الرضاع إلا ما أنبت اللحم وأنشر العظم » يروى بالراء المهملة : أى أحياه . ومنه قوله تعالى ـ ثم إذا شاء أنشره ـ وبالزاى : أى رفعه وبزيادة الحجم يرتفع . وفى الصحيحين عن عائشة رضى الله عنها « دخل علىّ رسول الله صلى الله عليه وسلم وعندى رجل . فقال : يا عائشة من هذا ؟ قلت : أخى من الرضاعة ، فقال : ياعائشة انظرن من إخوتكن فإن الرضاعة من المجاعة » يعنى اعرفن إخوتكن لخشية أن يكون رضاعة ذلك الشخص كانت فى حالة الكبر . فإن قلت : عرف من أصلكم أن عمل الراوى بخلاف ماروى يوجب الحكم بنسخ ما روى فلا يعتبر ويكون بمنزلة روايته للناسخ . وحديث الصحيحين وهو قوله « إنما الرضاعة من المجاعة » روته عائشة رضى الله عنها وعملها بخلافه فيكون محكوما بنسخ كون رضاع الكبير محرما . قلنا : المعنى أنه إذا لم يعرف من الحال سوى أنه خالف مرويه حكمنا بأنه اطلع على ناسخه فى نفس الأمر ظاهرا لأن الظاهر أنه لايخطئ فى ظن غير الناسخ ناسخا لا قطعا . فلو اتفق فى خصوص محل بأن عمله بخلاف مرويه كان لخصوص دليل علمناه وظهر للمجتهد غلطه فى استدلاله بذلك الدليل لاشك أنه لايكون مما يحكم فيه بنسخ مرويه لأن ذلك ماكان إلا لإحسان الظن بنظره . فأما إذا تحققنا فى خصوص مادة خلاف ذلك وجب اعتبار مرويه بالضرورة دون رأيه . وفى الموطإ وسنن أبى داود عن يحيى بن سعيد أن رجلا سأل أبا موسى الأشعرى فقال : إنى مصصت عن امرأتى من ثديها لبنا فذهب فى بطنى ، فقال أبو موسى لا أراها إلا قد حرمت عليك ، فقال عبدالله بن مسعود : انظر ماتفتى به الرجل ، فقال أبوموسى : فما تقول أنت ؟ فقال عبد الله : « لا رضاعة إلا ما كان فى حولين » فقال أبو موسى : لا تسألونى عن شىء ما دام هذا الحبر بين أظهركم . هذه رواية الموطإ فرجوعه إليه بعد ظهور النصوص المطلقة وعما أفتاه بالحرمة لايكون إلا لذكره للناسخ له أو لتذكره عنده : وغير عائشة من نساء النبى صلى الله عليه وسلم يأبين ذلك ويقلن : لا نرى هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا رخصة لسهلة خاصة ، ولعل سببه ما تضمنه مما يخالف أصول الشرع حيث يستلزم مس عورتها بشفتيه فحكمن بأن ذلك خصوصية . وقيل سببه أن عائشة رجعت . وفى الموطإ عن ابن عمر : جاء رجل إلى عمر بن الخطاب فقال : كانت لى وليدة فكنت أصيبها فعمدت امرأتى إليها فأرضعتها فدخلت عليها فقالت : دونك قد

والكبير فى حرمة الرضاع تشبثا بظواهر النصوص وهو فاسد لأن المذكور فى ظواهر النصوص الرضاع وهو يقتضى رضيعا لا محالة والكبير لايسمى رضيعا . روى أن أبا موسى الأشعرى سئل عن رضاع الكبير فأوجب الحرمة ، ثم أتوا عبد الله بن مسعود فسألوه عن ذلك فقال : أترون هذا الأشمط رضيعا فيكم ؟ فلما بلغ أباموسى

(قوله والكبير لايسمى رضيعا الخ) أقول : قد سبق أن الرضاع فى اللغة مص اللبن من الثدى مطلقا ، ولا نسلم أنه يقتضى رضيعا بل راضعا ويطلق على الكبير فى اللغة الراضع ، يقال لئيم راضع ، أى يرضع غنمه ولايحلبها مخافة أن يسمع صوت حلبه فيطلب منه اللبن .

ولايعتبر الفطام قبل المدة إلا فى رواية عن أبى حنيفة رحمه الله إذا استغنى عنه. ووجهه انقطاع النشوء بتغير الغذاء وهل يباح الإرضاع بعد المدة ؟ فقيل لايباح لأن إباحته ضرورية لكونه جزء الآدمى . قال (ويحرم من الرضاع مايحرم من النسب) للحديث الذى روينا (إلا أم أخته من الرضاع فإنه يجوز أن يتزوّجها ولا يجوز) أن يتزوّج أم أخته

والله أرضعتها ، قال عمر : أوجعها وأت جاريتك فإنما الرضاعة رضاعة الصغير . (قوله ولا يعتبر الفطام قبل المدة) حتى لو فطم قبل المدة ثم أرضع فيها ثبت التحريم إلا فى رواية عن أبى حنيفة أنه إذا فطم قبل المدة وصار بحيث يكتفى بغير اللبن لاتثبت الحرمة إذا رضع فيها ، رواها الحسن عنه . وفى واقعات الناطنى الفتوى على ظاهر الرواية . أنها تثبت مالم تمض إقامة للمظنة مقام المئنة، فإن ماقبل المدة مظنة عدم الاستغناء (وهل يباح الإرضاع بعد المدة ؟ قيل لا لأنه جزء الآدمى فلا يباح الانتفاع به إلا للضرورة) وقد اندفعت، وعلى هذا لايجوز الانتفاع به للتداوى ، وأهل الطب يثبتون للبن البنت أى الذى نزل بسبب بنت مرضعة نفعا لوجع العين . واختلف المشايخ فيه، قيل لايجوز ، وقيل يجوز إذا علم أنه يزول به الرمد ، ولا يخفى أن حقيقة العلم متعذرة فالمراد إذا غلب على الظن وإلا فهو معنى المنع (قوله ويحرم من الرضاع مايحرم من النسب للحديث الذى رويناه) وهو بهذا اللفظ (قوله إلا أم أخته من الرضاع) يصح اتصال قوله من الرضاع بكل من الأم والأخت وبهما من جهة المعنى . فالأول أن يكون للرجل أخت من النسب لها أم من الرضاعة لم تكن أرضعته تحل له . والثانى أن يكون له أخت من الرضاعة لها أم من النسب تحل له إذا لم تكن هى المرضعة . والثالث أن يرضع الصبى والصبية امرأة ولأخته من الرضاعة أم أخرى من الرضاع يحل للصبى تلك الأم ، أما من جهة الصناعة فإنما يتعلق بالأم حالا منه لأن الأم معرفة فيجىء الجار والمجرور حالا منه لا متعلقا بمحذوف وليس صفة لأنه معرفة : أعنى أم أخته ، بخلاف أخته لأنه مضاف إليه ، وليس فيه شىء من مسوغات مجىء الحال منه ، ومثل هذا يجىء فى أخت ابنه ، ولو قال أخت ولده كان أشمل ، فالأول له ابن من النسب له أخت من الرضاعة بأن ارتضع مع أجنبية من لم تكن امرأة أبيه حلت لأبيه لأنها ليست بنته من الرضاعة ولا ربيبته ، والثانى له ابن من الرضاع بأن ارتضع زوجة الرجل حلت للرجل أخته من النسب ، والثالث له ابن من الرضاع كما ذكرنا له أخت من الرضاعة من غير زوجة ذلك الرجل بأن ارتضع ذلك الولد امرأتين حلت أخته لأبيه من الرضاعة . وعلل استثناء الأول بعدم وجود المحرم من النسب فيه الذى هو معنى قوله بخلاف الرضاع بعد تعليله الحرمة فى أم أخته من النسب بكونها أمه أو موطوءة أبيه ، وكذا فى تعليله إخراج أخت

قال : لاتسألونى عن شىء مادام هذا الحبر بين أظهركم . وقد اتفقت الصحابة على هذا . قال (ويحرم من الرضاع مايحرم من النسب لما روينا) من قوله عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » إلا صورتين ذكرهما المصنف وهو واضح . وقوله (إلا أم أخته من الرضاع) جاز أن يتعلق بالأخت مثل أن يكون للرجل أخت من الرضاعة ولها أم من النسب ، فإنه يجوز له أن يتزوّج أم أخته التى كانت أمها من النسب ، وجاز أن يتعلق بالأم مثل أن يكون له أخت من النسب ولها أم من الرضاعة فإنه يجوز له أن يتزوّج أم أخته التى كانت أمها من الرضاعة ، وجاز أن يتعلق بهما جميعا ، مثل أن يجتمع الصبى والصبية الأجنبيان على ثدى امرأة واحدة أجنبية وللصبية أم أخرى من الرضاعة فإنه يجوز لذلك الصبى أن يتزوّج أم أخته التى كانت الأم من الرضاعة التى انفردت

(قوله جاز أن يتعلق بالأخت الخ) أقول : يعنى بحسب المعنى وإلا فهو بحسب الصناعة حال من الأم .

(من النسب) لأنها تكون أمه أو موطوءة أبيه ، بخلاف الرضاع ، ويجوز أن يتزوج أخت ابنه من الرضاع ، ولا

ابنه من الرضاع بقوله ولم يوجد هذا المعنى فى الرضاع بعد تعليله حرمة أخت الابن من النسب بقوله لأنه لما وطئ أمها حرمت عليه ، وإنما اقتصر على هذا بناء على أنها ليست بنته لوضوح الشق الآخر فأفاد بالتعليلين أن المحرم فى الرضاع وجود المعنى المحرم فىالنسب ليفيد أنه إذا انتفى فى شيء من صور الرضاع انتفت الحرمة فيستفاد أنه لاحصر فيما ذكر ، وقد ثبت كذلك الانتفاء فى صور أخرى : الأولى أم النافلة من الرضاع بأن أرضعت نافلتك أجنبية يجوز التزوّج بها لانتفاء سبب التحريم فى النسب وهى كونها بنتا أو حليلة الابن . الثانية جدّة ولدك من الرضاع بأن أرضعت ولدك أجنبية لها أمّ يجوز تزوّجك بالأم لأنها ليست أمك ، وزاد بعضهم أم العم من الرضاع وأم الخال من الرضاعة ، وكذا عمة ولدك ، لأنها من النسب أختك وليست أختا من الرضاع ، وكذا المرأة يحل لها أن تتزوج بابن أختها من الرضاع وبأخى ولدها وبأبى حفيدها منه وبجدّ ولدها منه وخاله ، ولا يجوز ذلك كله فى النسب لما قلنا فى حق الرجل ، وقد جمعت فى قوله :

يفارق النسب الرضـــاع فى صور   كأم نافلة وجـــدة الولد
وأم عم وأخت ابن وأم أخ   وأم خال وعمـــة ابن اعتمد

واستشكل إلحاق أم العم وأم الخال بأنهما إما أن يكون كل منهما جدته من الرضاع أو موطوءة جده من الرضاع وكلاهما محرم فى النسب ، إلا إن أراد بالعم من الرضاع من رضع مع أبيه ، وبالخال منه من رضع مع أمه وله أم أخرى من النسب أو الرضاع فحينئذ يستقيم . ولقائل أن يمنع الحصر لجواز كونها لم ترضع أباه ولا أمه فلا تكون جدته من الرضاع ولا موطوءة جده بل أجنبية أرضعت عمه من النسب وخاله ، ثم قالت طائفة : هذا الإخراج تخصيص للحديث : أعنى « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » بدليل العقل ، والمحققون على أنه ليس تخصيصا لأنه أحال مايحرم بالرضاع على مايحرم بالنسب ، وما يحرم بالنسب هو ما تعلق به خطاب تحريمه وقد تعلق بما عبر عنه بلفظ الأمهات والبنات ـ وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت ـ فما كان من مسمى هذه الألفاظ متحققا فى الرضاع حرم فيه ، والمذكورات ليس شيء منها من مسمى تلك فكيف تكون مخصصة وهى غير متناولة ؟ ولذا إذا خلا تناول الاسم فى النسب جاز النكاح ، كما إذا ثبت النسب من اثنين ولكل منها بنت جاز لكل منهما أن يتزوّج بنت الآخر وإن كانت أخت ولده من النسب . وأنت إذا حققت مناط الإخراج أمكنك تسمية صور أخرى ، والاستثناء فى عبارة الكتاب على هذا يجب أن يكون منقطعا : أعنى قوله « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » إلا أم أخته الخ ، وعلى هذا فالاستدلال على تحريم حليلة الأب والابن من الرضاع بقوله « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » مشكل لأن حرمتهما ليست بسبب النسب بل بسبب الصهرية ؛ فإن المحرّمات من النسب سبع وهن اللاتى عددناهن آنفا كما فى آية المحرمات وما بعدهن فيها فمحرمات بالرضاع والصهرية ؛ ومقتضى الحديث أن من كانت أما من الرضاعة أو بنتا أو أختا أو بنت أخ الخ تحرم ، فإثبات تحريم حليلة كل من الأب والابن من الرضاعة قول بلا دليل بل الدليل يفيد حلها وهو قيد الأصلاب فى الآية وكونه لإخراج حليلة المتبنى لاينفى أن يكون لإخراج حليلة الأب والابن من الرضاع لصلاحيته لذلك فكان لإخراجهما أيضا ولا يلزم كون الحديث غير معمول به على هذا التقدير بل يوفر على كل من الحديث والنص مقتضى لفظه ، بخلاف حرمة

بها رضيعا . وقوله لما روينا إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » :

يجوز ذلك من النسب لأنه لما وطئ أمها حرمت عليه ، ولم يوجد هذا المعنى فى الرضاع (وامرأة أبيه أو امرأة ابنه من الرضاع لايجوز أن يتزوّجها كما لايجوز ذلك من النسب) لما روينا ، وذكر الأصلاب فى النص لإسقاط اعتبار التبنى على مابيناه (ولبن الفحل يتعلق به التحريم ، وهو أن ترضع المرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى آبائه وأبنائه ويصير الزوج الذى نزل لها منه اللبن أبا للمرضعة) وفى أحد قولى الشافعى : لبن الفحل لايحرم

الجمع بين الأختين من الرضاع فإن الحديث المذكور يفيد منعه لأنه يحرم من النسب الجمع بين الأختين منه فكذا الجمع بين أختين من الرضاع . فإن قلت : فليثبت بالقياس على حرمة المصاهرة بجامع الجزئية . فالجواب أن الجزئية المعتبرة فى حرمة الرضاع هى الجزئية الكائنة عن النشوء وإنبات اللحم لامطلق الجزئية . وهذه ليست الجزئية الكائنة فى حرمة المصاهرة إذ لا إنبات للحم من المنىّ المنصب فى الرحم لأنه غير واصل من الأعلى فهو بالحقنة أشبه منه بالمشروب حيث يخرج كلها شيئا فشيئا حتى لايبقى منها شيء ولا يستحيل إلى جوهر الإنسان كما يخرج المنى ولذا فلا يبقى منه فى المرأة شيء استحال إلى جوهرها (قوله وامرأة أبيه أو امرأة ابنه من الرضاع لايجوز أن يتزوّجها كما لايجوز ذلك من النسب) أى كما لايجوز تزوّج امرأة أبيه أو ابنه من النسب . كذا لايجوز تزوّج امرأة أبيه أو ابنه من الرضاع . فإن قيل : ذكر الأصلاب فى آية المحرمات يخرجهما . أجيب بأنها نزلت لإسقاط طعنهم بسبب تزوّجه صلى الله عليه وسلم زوجة المتبنى فالقيد لإسقاط حرمة زوجته . بقى أن يقال : فمن أين يثبت تحريمهما ؟ ويجاب بعموم حديث « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » وقد علمت ما فى الجوابين . ومن فروعهما فرع لطيف : وهو رجل زوّج أم ولده من رضيع ثم أعتقها فاختارت نفسها ثم تزوّجت بزوج آخر وولدت منه ثم جاءت إلى الرضيع الذى كان زوجها فأرضعته حرمت على زوجها لأن الصغير صار ابنا له ، فلو بقى النكاح صار متزوّجا بامرأة ابنه من الرضاعة (قوله على ما بيناه) أى فى فصل المحرمات (قوله ولبن الفحل) هو من إضافة الشيء إلى سببه (يتعلق به التحريم) يعنى اللبن الذى نزل من المرأة بسبب ولادتها من رجل زوج أو سيد يتعلق به التحريم بين من أرضعته وبين ذلك الرجل بأن يكون أبا للرضيع ، فلا تحل له إن كانت صبية لأنه أبوها ولا لإخوته لأنهم أعمامها ولا لآبائه لأنهم أجدادها ولا لأعمامه لأنهم أعمام الأب ولا لأولاده وإن كانوا من غير المرضعة لأنهم إخوتها لأبيها ولا لأبناء أولاده لأن الصبية عمتهم ، وإذا ثبتت هذه الحرمة من زوج المرضعة فمنها أولى فلا تتزوّج أباها لأنه جدها لأمها ولا أخاها لأنه خالها ولا عمها لأنها بنت بنت أخيه ولا خالها لأنها بنت بنت أخته ولا أبناءها وإن كانوا من غير صاحب اللبن لأنهم إخوتها لأمها . ولو كان لرجل زوجتان أرضعت كل منهما بنتا لايحل لرجل أن يجمع بينهما لأنهما أختان من الرضاع لأب ، بخلاف ما لو تزوّجت برجل وهى ذات لبن لآخر قبله فأرضعت صبية فإنها ربيبة للثانى وبنت للأوّل فيحل تزوّجها بأبناء الثانى ، ولو كان المرضع صبيا حل له تزوّجه ببناته هذا مالم تلد من الثانى ، فإذا ولدت من الثانى فإن أرضعت رضيعا فهو ولد للثانى ، وإن حبلت من الثانى وهى ذات لبن من الأول فما لم تلد اللبن من الأول والرضيع به ولد له عند أبى حنيفة رضى الله عنه

وقوله (لإسقاط اعتبار التبنى) فإن حليلة الابن المتبنى كانت حراما فى الجاهلية . فإن قيل : لم لايجوز أن يكون لإسقاط حليلة ابن الرضاع أو لإسقاطهما جميعا . وما وجه ترجيح جانب حليلة الابن المتبنى فى الإسقاط ؟ أجيب بأن حرمة حليلة ابن الرضاع ثابتة بالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » فحملناه على حليلة الابن المتبنى لئلا يلزم التدافع بين موجب الكتاب والسنة المشهورة . وقوله (ولبن الفحل)

لأن الحرمة لشبهة البعضية واللبن بعضها لا بعضه . ولنا ما روينا ، والحرمة بالنسب من الجانبين فكذا بالرضاع . وقال عليه الصلاة والسلام لعائشة رضى الله عنها : « ليلج عليك أفلح فإنه عمك من الرضاعة »

تثبت منه الحرمة خاصة ، وعند محمد رحمه الله ولد لهما فتثبت الحرمة من الزوجين. وقال أبو يوسف : إن علم أن اللبن من الثانى بأمارة كزيادة فهو ولد الثانى ، وإلا فهو ولد الأول . وعنه : إن كان اللبن من الأوّل غالبا فهو له ، وإن كان من الثانى غالبا فهو للثانى ، وإن استويا فلهما ، وبقول أبى حنيفة قال الشافعى رضى الله عنه فى الجديد ، وقد حكى الخلاف هكذا : إن زاد اللبن بالحبل فهو ابنهما عندهما وابن الأول عند أبى حنيفة رضى الله عنه ، وكونه ابنهما بزيادة اللبن مطلقا أنسب بقول محمد رحمه الله فيما إذا اختلط لبن امرأتين كما سيعلم فيها ، وبخلاف ما لو ولدت للزوج فنزل لها لبن فأرضعت به ثم جف لبنها ثم درّ لها فأرضعت به صبية ، فإن لولد زوج المرضعة من غيرها التزوّج بهذه الصبية لأن هذا ليس لبن الفحل ليكون هو أباها ، كما لو لم تلد من الزوج أصلا ونزل لها لبن فإنه لا يثبت بإرضاعها تحريم بين ابن زوجها ومن أرضعته لأنها ليست بنته لأن نسبته إليه بسبب الولادة منه ، فإذا انتفت انتفت النسبة فكان كلبن البكر ، ولبن الزنا كالحلال فإذا أرضعت به بنتا حرمت على الزانى وآبائه وأبنائه وأبناء أبنائهم وإن سفلوا . وفى التجنيس : من علامة أجناس الناطفى عن الشيخ أبى عبد الله الجرجانى كان يقول فى الدرس : لا يجوز للزانى أن يتزوّج بالصبية المرضعة ولا لأبيه ولا لأجداده ولا لأحد من أولاده وأولادهم ، ولعم الزانى أن يتزوّج بها ، كما يجوز له أن يتزوّج بالصبية التى ولدت من الزانى لأنه لم يثبت نسبها من الزانى حتى يظهر فيها حكم القرابة ، والتحريم على آباء الزانى وأولاده لاعتبار الجزئية والبعضية ولا جزئية بينها وبين العم ، وإذا ثبت هذا فى حق المتولدة من الزنا فكذا فى حق المرضعة بلبن الزنا . قال فى الخلاصة : وكذا لو لم تحبل من الزنا وأرضعت لا بلبن الزانى تحرم على الزانى كما تحرم بنتها عليه من النسب . وذكر الوبرى أن الحرمة تثبت من جهة الأم خاصة مالم يثبت النسب حينئذ تثبت من الأب ، وكذا ذكر الإسبيجابى وصاحب الينابيع ، وهو أوجه لأن الحرمة من الزنا للبعضية وذلك فى الولد نفسه لأنه مخلوق من مائه دون اللبن ، إذ ليس اللبن كائنا عن منيه لأنه فرع التغذى بخلاف الولد ، والتغذى لا يقع إلا بما يدخل من أعلى المعدة لا من أسفل البدن كالحقنة فلا إنبات فلا حرمة ، بخلاف ثابت النسب لأن النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » أثبت الحرمة منه ، وبه يستدل على إبطال قول ضعيف للشافعى أنه لا تثبت الحرمة من الزوج . ونقل عن بعض الصحابة رضى الله عنهم لأنه لا جزئية بين الرجل وبين من أرضعته زوجته ، ولأنه لو نزل للرجل لبن فارتضعته صغيرة حلت له فكيف تحرم بلبن هو سبب بعيد فيه . ولنا النظر المذكور ، وما روى عن

من باب إضافة الشىء إلى سببه لأن سبب اللبن إنما هو الفحل وكلامه واضح . وقوله (عليه الصلاة والسلام لعائشة « ليلج عليك أفلح فإنه عمك من الرضاعة ») دليل واضح على ذلك ، فإن عائشة ارتضعت من امرأة أبى القعيس وكان اسم أخى أبى قعيس أفلح ، فلما كانت تلك المرأة أما لها كان زوجها أبا لها وأخو الزوج عما لها لا محالة . وروى أنها قالت « يا رسول الله إن أفلح أخا أبى القعيس دخل علىّ وأنا فى ثياب فضل ، فقال : ليلج عليك فإنه عمك من الرضاعة ، فقالت : إنما أرضعتنى المرأة لا الرجل ، فقال : عمك من الرضاعة » وذلك لا يكون إلا باعتبار

(قوله وكان اسم أخى أبى قعيس أفلح) أقول : أفلح أخو أبى قعيس على مايشهد عليه كتب الأحاديث وغيرها .

ولأنه سبب لنزول اللبن منها فيضاف إليه فى موضع الحرمة احتياطا (ويجوز أن يتزوّج الرجل بأخت أخيه من الرضاع) لأنه يجوز أن يتزوّج بأخت أخيه من النسب وذلك مثل الأخ من الأب إذا كانت له أخت من أمه جاز لأخيه من أبيه أن يتزوّجها (وكل صبيين اجتمعا على ثدى واحدة لم يجز لأحدهما أن يتزوّج بالأخرى) هذا هو الأصل لأن أمهما واحدة فهما أخ وأخت (ولا يتزوّج المرضعة أحد من ولد التى أرضعت) لأنه أخوها

عائشة رضى الله عنها فى الصحيحين « أن أفلح أخا أبى القعيس استأذن علىّ بعد مانزل الحجاب وقلت : والله لا آذن له حتى أستأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وإن أخا أبى القعيس ليس هو أرضعنى وإنما أرضعتنى امرأة أبى القعيس . فدخل علىّ رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت : يارسول الله إن الرجل ليس هو أرضعنى ولكن أرضعتنى امرأته ، فقال : ائذنى له فإنه عمك تربت يداك » وفى رواية « تربت يمينك » إلى غير ذلك من الأحاديث الشاهدة بالحكم المذكور بحيث يتضاءل معها ذلك المعقول. على أنه قد قيل أنه لا يتغذى الولد به ، وأما لبن الرجل فسيذكره المصنف رحمه الله ، وإذا ترجح عدم حرمة الرضيعة بلبن الزانى على الزانى كما ذكرنا فعدم حرمتها على من ليس اللبن منه أولى ، بخلاف ما فى الخلاصة ، ولأنه يخالف المسطور فى الكتب المشهورة إذ يقتضى تحريم بنت المرضعة بلبن غير الزوج على الزوج بطريق أولى ، وتقدم البحث فى دلالة حديث « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » على حرمة الربيبة من الرضاع (قوله ولأنه سبب لنزول اللبن منها فتضاف الحرمة إليه احتياطا) كالمصاهرة ؛ وأنت علمت الفرق بل حقيقة الحال أن البعضية تثبت بين المرضعة والرضيع فأثبتت حرمة الأبنية ثم انتشرت لوازم تحريم الولد (قوله وكل صبيين) يريد صبيا وصبية فغلب المذكر فى التثنية كالقمرين وهو أحد أسباب التغليب كالخفة فى العمرين فإن عمر أخف من أبى بكر ، ولو ثنى نحو أبى بكر فعند البصريين يكون بتثنية المضاف فيقال أبو بكر والكوفيون يثنون الجزأين فيقولون أبوا بكرين ، والشهرة كالأقرعين للأقرع بن حابس وأخيه (قوله ولا يتزوّج المرضعة)

لبن الفحل ولأنه سبب لنزول اللبن منها فيضاف إليه فى موضع الحرمة احتياطا. فإن قيل : ما قام مقام الشىء فى إثبات الحكم إما أن يكون مثل ذلك أو دونه لا محالة ، وههنا لو ارتضع الصبى من ثندوة الرجل نفسه إذا نزل منه اللبن لا يثبت حرمة الرضاع ، فكيف يثبت بارتضاع اللبن بسببه ولا تثبت من اللبن الحاصل من نفسه ؟ أجيب بأن افتراق الحكم لافتراق الوصف ، وذلك لأن المعنى الذى لأجله تثبت الحرمة بسبب الرضاع لا يوجد فى إرضاع الرجل ، فإن ماينزل من ثندوة الرجل لا يتغذى به الصبى ولا يحصل به إنبات اللحم ، وهو نظير وطء الميتة فى أنه لا يوجب حرمة المصاهرة وإن كان السبب موجودا ، وإنما اختاروا هذه العبارة وهى ملبسة فإنها توهم أن المراد به ماينزل من ثندوته ليعلم أن المراد ماينزل من المرأة بسبب الولادة أو الحمل من زوجها ، حتى لو نزل لها اللبن بدونهما كما ينزل للبكر كان ذلك لبن المرأة خاصة لا لبن الفحل وإن كانت تلك المرأة تحت زوجها . وليس حل الوطء فى الإحبال شرط الحرمة حتى لو زنى بامرأة فولدت منه فأرضعت بهذا اللبن صبية كان لبن الفحل لا يحل للزانى هذا أن يتزوّج بهذه الصبية ولا لأبيه ولا لابنه ولا لأبناء أولاده لوجود البعضية بين هؤلاء وبين الزانى . وقوله (ويجوز أن يتزوّج الرجل) واضح . وقوله (وكل صبيين اجتمعا) غلب الصبى على الصبية كما فى القمرين للشمس والقمر على ثدى واحدة : أى ثدى امرأة واحدة ، لأنهما لو اجتمعا على ضرع بهيمة واحدة لا يثبت التحريم كما سيجىء ، وهذا لأن ثبوت هذه الحرمة بطريق الكرامة وذلك يختص بلبن الآدمية دون الأنعام . وقوله (ولا يتزوّج المرضعة أحدا من ولد التى أرضعت) قال فى النهاية : المرضعة بصيغة اسم المفعول وبالرفع على

(ولا ولد ولدها) لأنه ولد أخيها (ولا يتزوّج الصبي المرضع أخت زوج المرضعة لأنها عمته من الرضاعة وإذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم) وإن غلب الماء لم يتعلق به التحريم، خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول: إنه موجود فيه حقيقة، ونحن نقول

بفتح الضاد توورث، ويجوز كونها فاعلا فينصب أحد ومفعولا فيرفع، وما فى الكتاب ظاهر، ولا فرق بين كون ولد التى أرضعته رضع مع المرضعة أو كان سابقا بالسن بسنين كثيرة أو مسبوقا بارتضاعها بأن ولد بعدها بسنين، وكذا لا يتزوّج أخت المرضعة لأنها خالته (قوله وإذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم. وإن غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافا للشافعي رحمه الله) فإن الأصح عنده أنه إذا كان اللبن قدر خمس رضعات حرم وإلا فلا، وكذا الخلط بلبن البهيمة والدواء عنده وبكل مائع أو جامد. واعتبر مالك رضى الله عنه فى جميع ذلك أن يكون اللبن مستهلكا (قوله هو) أى الشافعي رضى الله تعالى عنه (يقول إنه) أى اللبن على ظاهر نقل المصنف عنه، وعلى ماهو الأصح فرجع الضمير القدر المحرم (موجود فيه حقيقة) فيستلزم حكمه من التحريم (قوله ونحن نقول) حاصله القياس على اليمين على أن لا يشرب لبنا فإنه لا يتعلق الحنث بشربه مغلوبا بالماء لأن

الفاعلية ونصب أحدا على المفعولية من ولد التى على طريق الإضافة وهذا هو الأصل من النسخ، وفى نسخة أخرى: ولا يتزوّج المرضعة أحد من ولد التى أرضعت بعكس الأولى فى الفاعلية والمفعولية، وهذا أيضا صحيح وكان كلاهما بخط شيخى، ونسختان أخريان ليستا بصحيحتين وهما بعد صيغة اسم الفاعل فى المرضعة كونها فاعلة أو مفعولة على ماذكرنا، ولكن هذان التقديران لابد وأن يكون من الولد الذى أرضعته معرفا باللام؛ وكلامه ظاهر. وقوله (وإذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب) فسر محمد الغلبة قال: إن لم يغير الدواء اللبن تثبت الحرمة وإن غير لا تثبت. وقال أبو يوسف: إن غير طعم اللبن ولونه لا يكون رضاعا، وإن غير أحدهما يكون رضاعا. وقوله (خلافا للشافعي) فإن عنده إذا اختلط مقدار مايحصل به خمس رضعات من اللبن فى حب الماء فشربه الصبي تثبت به الحرمة، هو يقول: إنه موجود حقيقة فيكون معتبرا، لأن المحسوس لا ينكر. ونحن نقول مغلوب، والمغلوب فى مقابلة الغالب غير موجود حكما، كما فى اليمين. حلف لا يشرب لبنا فشرب لبنا مخلوطا بالماء والماء غالب على اللبن لا يحنث. فإن قيل: فعلى هذا إن اعتبرت جهة الحكم لم يثبت به حرمة الرضاع وإن اعتبرت جهة الحقيقة تثبت لأن اللبن موجود حقيقة وإن قل، فعند التعارض ترجح الحرمة احتياطا. أجيب بأن التعارض لم يثبت لأن التعارض عبارة عن تقابل الحجتين على السواء، وههنا لم تثبت المساواة بينهما لأن للغالب فضلا ذاتيا، وللمغلوب فضلا حاليا وهو جهة الحرمة، وكان الترجيح لمعنى راجع إلى الذات لا لمعنى راجع إلى الحال، وهذا كما يرى متناقض لأنه نفى التعارض وأثبت الترجيح للفضل الذاتى ولا ترجيح إلا بعد التعارض. والصواب أن يقال: لا تعارض لأن الحقيقة لا تعارض الحكم لأن الحرمة بالرضاع أمر حكمى، فلم يكن فى الحكم موجودا لا مدخل له فيه. سلمناه ولكن تعارض ضربا ترجيح أحدهما راجع إلى الذات والآخر إلى الحال.

(قوله لابد وأن يكون من الولد الذى أرضعته معرفا باللام) أقول: وأنت خبير بأنه يصح المعنى بدون جعل الولد معرفا باللام، فإن امرأة إذا أرضعت صبية ثم جاء من المرضعة بفتح الضاد ولد لا يجوز لتلك المرأة أن تتزوج ولد مرضعتها (قوله فسر محمد رحمه الله الغلبة قال: إن لم يغير الدواء اللبن تثبت الحرمة الخ) أقول: فيه أن وضع المسألة فى الاختلاط بالماء لا بالدواء فلا يلائم هذا التفسير هنا، بخلاف مافعله صاحب النهاية (قوله ولا ترجيح إلا بعد التعارض) أقول: لا يتجه ذلك عليه بعد مابين مراده بالتعارض بتفسيره فإنه نبه أنه لا يريد به التعارض المصطلح، وكأنه يقول: إنما ترجح الحرمة أن لو لم يكن لدليل انتفاء الحرمة رجحان على دليلها فليتأمل (قوله لأن الحقيقة الخ)

المغلوب غير موجود حكما حتى لايظهر فى مقابلة الغالب كما فى اليمين (وإن اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم) وإن كان اللبن غالبا عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالا : إذا كان اللبن غالبا يتعلق به التحريم . قال رضى الله عنه : قولهما فيما إذا لم تمسه النار ، حتى لو طبخ بها لايتعلق به التحريم فى قولهم جميعا . لهما أن العبرة للغالب كما فى الماء إذا لم يغيره شيء عن حاله . ولأبى حنيفة رحمه الله أن الطعام أصل واللبن تابع له فى حق المقصود فصار كالمغلوب ،

الظاهر حكم الغالب ، فكذا فى هذه الصورة لايتعلق به التحريم لذلك ، والظاهر أن حكم هذا القياس عدم اعتبار المغلوب شرعا لاعدم تعلق التحريم لاختلاف حكم الأصل والفرع لأنه فى الأصل حرمة شرب اللبن بلا ضرورة لهتك حرمة اسم الله تعالى . وفى الفرع حل الشرب والسقى غير أنه يترتب عليه حرمة النكاح ، وحينئذ للشافعى رحمه الله أن يقول : بل هناك فارق وهو بناء الأيمان على العرف والعرف لايعتبر المغلوب ، فلا يقال لشارب ماء فيه لبن مغلوب شرب لبنا إلا أن يقال مخلوطا فيقيدونه ، وأما مانحن فيه فالحرمة مبنية على الحقيقة وقد وجدت والموضع موضع الاحتياط ولا مدفع لهذا ، إلا أن يقال إنه إذا كان مغلوبا بالماء فيكون غير منبت لذهاب قوته . ولا عبرة بالمظنة عند تحقق الخلو عن المئنة هذا إذا اختلط بالماء ، أما لو اختلط بالطعام فهى المسئلة التى ذكرها عقيب هذه ، وقولهما فيها كقولهم فى الاختلاط بالماء . وعند أبى حنيفة رحمه الله لايتعلق به تحريم وإن غلب اللبن هذا إذا لم تمسه النار ، أما إن طبخ فلا تحريم مطلقا بالاتفاق (لهما أن العبرة للغالب فصار كالماء إذا لم يغيره شيء عن حاله . ولأبى حنيفة رحمه الله : أن الطعام أصل واللبن تابع فيما هو المقصود) وهو التغذى ، وهذا لأن خلط اللبن بالطعام لايكون للرضيع إلا بعد تعوده بالطعام وتغذيه به ، وعند ذلك يقل تغذيه باللبن ونشوؤه منه فقد اجتمع فى جوفه ماينبت وأحدهما أكثر وهو الطعام فيصير الآخر الرقيق مستهلكا فلا يثبت التحريم . فإن قيل : فرض المسئلة أن اللبن غالب فى القصعة ، أما عند رفع اللقمة إلى فيه فأكثر الواصل إلى جوفه الطعام حتى لو كان ذلك الطعام رقيقا يشرب اعتبرنا غلبة اللبن إن غلب وأثبتنا الحرمة ، ثم قال المصنف : ولا معتبر بتقاطر اللبن هو الصحيح احترازا من قول من قال من المشايخ إن عدم إثبات أبى حنيفة رحمه الله الحرمة واللبن غالب هو إذا لم يكن متقاطرا عند رفع اللقمة ، أما معه فيحرم اتفاقا لأن تلك القطرة إذا دخلت الجوف أثبتت التحريم ، والصحيح

والأول أولى وموضعه الأصول . ويؤيد ما ذكرنا ما إذا وقع قطرة من الدم أو الخمر فى جب من الماء نجسه وإن غلب الماء حقيقة لأنه لم يكن غالبا حكما ، لأن غلبة الماء فى الحكم هو أن يكون عشرا فى عشر وما دونه فى حكم القليل ، فلم تكن الحقيقة معارضة للحكم بل كانت موجودة معه . وقوله (وإذا اختلط اللبن بالطعام) واضح . وقوله (لايتعلق به التحريم فى قولهم جميعا) يعنى سواء كان غالبا أو مغلوبا ، أما إذا كان مغلوبا فظاهر ، وأما إذا كان غالبا فلأنه إذا طبخ بالطعام يصير اللبن تبعا للطعام وإن كان غالبا حتى لايسمى لبنا مطلقا . وقوله (فصار كالمغلوب) فيه نظر لأن المغلوب غير موجود حكما ، أما ما لم يكن مغلوبا أو يكون كالمغلوب فلا نسلم أنه ليس

أقول : أى الحقيقة المجردة عن الحكم إلا أن الخصم ينازع فيه (قوله وموضعه الأصول) أقول : فى باب المعارضة والترجيح (قوله ويؤيد ماذكرنا) أقول : يعنى قوله الحقيقة لاتعارض الحكم (قوله فيه نظر لأن المغلوب غير موجود حكما الخ) أقول : يريد المصنف أنه يصير كالمغلوب حقيقة فى أنه غير موجود لكونه غير مقصود حكما ، وحاصله قياس محل الخلاف بمحل الوفاق ، وجعل الكاف زائدة لايفيد لأنه إن أريد أنه مغلوب حقيقة فظاهر أنه ليس كذلك ، وإن أريد أنه مغلوب حكما من حيث أنه ليس بمقصود فمعنى التشبيه أيضا يئول إليه .

ولا معتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده هو الصحيح لأن التغذى بالطعام إذ هو الأصل (وإن اختلط بالدواء واللبن غالب تعلق به التحريم) لأن اللبن يبقى مقصودا فيه، إذ الدواء لتقويته على الوصول، وإذا اختلط اللبن بلبن الشاة وهو الغالب تعلق به التحريم (وإن غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم) اعتبارا للغالب كما فى الماء (وإذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم بأغلبهما عند أبى يوسف رحمه الله) لأن الكل صارشيئا واحدا فيجعل الأقل تابعا للأكثر فى بناء الحكم عليه (وقال محمد) وزفر (يتعلق التحريم بهما) لأن الجنس لايغلب الجنس فإن الشيء لايصير

إطلاق عدم الحرمة لأن التغذى حينئذ بالطعام والتغذى مناط التحريم (قوله فإن اختلط) أى اللبن بالدواء. حاصله أنه كالماء لأن اللبن إذا كان غالبا مع الدواء ظهر قصدان الدواء لتنفيذه وعلى هذا إذا اختلط بالدهن أو النبيذ تعلق به التحريم سواء أوجر بذلك أم استعط (قوله وإذا اختلط اللبن بلبن شاة فإن كان الغالب لبن الآدمية تعلق التحريم بشرب الصغير إياه) أولبن الشاة لايتعلق به تحريم لأن لبن الشاة لما لم يكن له أثر فى إثبات الحرمة كان كالماء فيعتبر الغالب، ولو تساويا وجب ثبوت الحرمة لأنه غير مغلوب فلم يكن مستهلكا (قوله وإذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم بأغلبهما عند أبى يوسف رحمه الله) وبه قال الشافعى. وقال محمد تثبت الحرمة منهما جميعا وهو قول زفر. وعن أبى حنيفة روايتان رواية كقول أبى يوسف ورواية كقول محمد. وجه قول أبى يوسف جعل الأقل تابعا للأكثر. ووجه قول محمد أن الجنس لايغلب جنسه فلا يستهلك فيه فلم يكن شيء منهما تبعا للآخر فيثبت

بموجود. والجواب أن هذه مناقشة لفظية تندفع بجعل الكاف زائدة. وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم فى قول أبى حنيفة إن ذلك عنده إذا لم يتقاطر اللبن من الطعام عند حمل اللقمة، فأما إذا كان يتقاطر منه فتثبت به الحرمة عنده لأن القطرة من اللبن إذا دخلت حلق الصبى كانت كافية لإثبات الحرمة. والأصح أنه لايثبت على كل حال عنده لأن التغذى بالطعام هو الأصل دون اللبن، والمعتبر لما يقع به التغذى الموجب لإنبات اللحم، وإن خلط بالدواء واللبن غالب فيه تعلق التحريم به لأن اللبن يبقى مقصودا فيه حيث جعل غالبا والدواء يخلط به ليقويه على الوصول إلى مالايصل إليه بانفراده. فإن قلت: إذا كان الدواء لتقويته على الوصول وجب أن يستوى الغالب والمغلوب لأن وصول قطرة منه يحرم. قلت: النظر ههنا إلى المقصود، فإن كان غالبا كان القصد إلى التغذى به والدواء لتقويته على الوصول، وإذا كان مغلوبا كان القصد إلى التداوى واللبن لتسوية الدواء. يلوح إلى هذا قوله وإذا خلط دون اختلط. وقوله لأن اللبن يبقى مقصودا. قال (وإذا اختلط اللبن بلبن شاة). صورة المسئلة ظاهرة: وكذا تعليل أبى يوسف فى المسئلة الثانية لما ذكرنا أن المغلوب كالمستهلك لعدم بقاء منفعته. كما إذا صب كوز من الماء العذب فى البحر. ووجه قول محمد وزفر أن الغلبة ههنا غير متصورة لأن الجنس لايغلب الجنس. إذ الغلبة بالاستهلاك والشيء لايصير مستهلكا فى جنسه لأن الاستهلاك بفوات منفعة المستهلك، وذلك يقتضى اختلاف المقصود. والمقصود هنا متحد. وإذا لم يتصور الغلبة كانا متساويين فى المقصود فيتحقق الرضاع من القليل صورة ومعنى فتثبت الحرمة بهما جميعا، وعن أبى حنيفة فى هذا روايتان: فى رواية قوله كقول أبى يوسف وبه قال الشافعى فى قول. وفى رواية كقول محمد وزفر. وأصل المسئلة فى الأيمان فيما إذا حلف لايشرب من لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة أخرى وهو غالب فشربه فهو على هذا

(قوله لأن وصول قطرة منه يحرم) أقول: الأظهر أن يقول بدله لأن اللبن هو المقصود ثم يمنع ذلك فى الجواب إذا كان مغلوبا.

مستهلكا فى جنسه لاتحاد المقصود . وعن أبى حنيفة فى هذا روايتان ، وأصل المسئلة فى الأيمان **(وإذا نزل للبكر لبن فأرضعت صبيا تعلق به التحريم)** لإطلاق النص ولأنه سبب النشوء فتثبت به شبهة البعضية **(وإذا حلب لبن المرأة بعد موتها فأوجر الصبى تعلق به التحريم)** خلافا للشافعى ، هو يقول : الأصل فى ثبوت الحرمة إنما هو المرأة ثم تتعدى إلى غيرها بواسطتها ، وبالموت لم تبق محلا لها ، ولهذا لايوجب وطؤها حرمة المصاهرة . ولنا أن السبب هو شبهة الجزئية وذلك فى اللبن لمعنى الإنشاز والإنبات وهو قائم باللبن ، وهذه الحرمة تظهر فى حق الميتة دفنا

التحريم من كل منهما استقلالا . قال (وأصل المسئلة فى الأيمان) إذا حلف لايشرب لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة أخرى فشربه ولبن البقرة المحلوف عليها مغلوب فى النهاية والدراية هو على الخلاف الذى بينا . وقال شارح : عند محمد يحنث وعندهما لايحنث . ولا يخفى أنه إنما يكون أصلا للخلاف إذا كان على مافى النهاية وكان ميل المصنف إلى قول محمد حيث أخر دليله فإن الظاهر أن من تأخر كلامه فى المناظرة كان القاطع للآخر . وأصله أن السكوت ظاهر فى الانقطاع ، ورجح بعض المشايخ قول محمد أيضا وهو ظاهر (قوله وإذا نزل للبكر لبن تعلق به التحريم لإطلاق النص ولأنه سبب النشوء) وعليه الأربعة إلا فى رواية عن الشافعى رحمه الله . ورواية عن أحمد لأنه نادر فأشبه لبن الرجل . قلنا ندرة الوجود لاتمنع عمل الدليل إذا وجد ، وسنذكره له تتمة (قوله وإذا حلب لبن امرأة بعد موتها فأوجر به صبى تعلق به التحريم) وبه قال مالك وأحمد (خلافا للشافعى ، هو يقول الأصل فى ثبوت الحرمة إنما هو المرأة ثم تتعدى الحرمة إلى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق محلا لها ، ولهذا) أى لعدم المحلية (لايوجب وطؤها حرمة المصاهرة . ولنا أن السبب الجزئية) وحاصله إلغاء الفارق بين الإجماعية وهى ما إذا كانت حية ، والخلافية وهى ما إذا كانت ميتة وهو موتها ، لأن حياتها ليس جزء السبب لتنتفى الحرمة بانتفائه بل حصول الجزئية تمام الحكمة لقوله صلى الله عليه وسلم « لايحرم من الرضاع إلا ما أنبت اللحم » الخ ، وهو حاصل بلبن الميتة والارتضاع تمام العلة ، وموتها غير مانع لأن مانعيته إن أضيفت إلى انتفاء محليتها مطلقا للحكم

الاختلاف ، عند أبى يوسف لايحنث لأن المغلوب كالمستهلك ، وعند محمد يحنث لأن الشىء يتكثر بجنسه ولا يصير مستهلكا . وقوله (وإذا نزل للبكر لبن) ظاهر . قوله (وإذا حلب لبن المرأة بعد موتها فأوجر الصبى تعلق به التحريم خلافا للشافعى) قيد بالموت ، لأنه لو حلب قبل الموت وأوجر بعد الموت كان قوله كقولنا على الأظهر . هو يقول الأصل فى ثبوت الحرمة إنما هو المرأة لأن الحرمة ثبتت بينهما ثم تتعدى منها إلى غيرها بواسطة وبالموت لم تبق محلا لها لعدم الفائدة ، ولهذا لايوجب وطؤها حرمة المصاهرة لأنها الأصل فى الحرمة ولم تبق محلا لها حتى تتعدى إلى غيرها . ولنا أن السبب هو شبهة الجزئية وذلك فى اللبن بمعنى الإنشار والإنبات ، وهو قائم باللبن لأن الموت لم يخرجه عن كونه مغذيا كما أنه لم يخرج لحمه عن ذلك والفائدة لم تنحصر فى ظهور الحرمة فيها بل تظهر فى الميتة دفنا وتيمما بأن كان لهذه المرضعة التى أوجر لبن هذه الميتة فى فمها زوج فإن لهذا الزوج أن يدفن وييمم الميتة لأنه صار محرما لها حيث صارت أم امرأته . وقوله وأما الحرمة جواب عن قوله ولهذا لايوجب وطؤها حرمة المصاهرة : يعنى أن حرمة المصاهرة بالوطء إنما تثبت بملاقاته بمحل الحرث لتثبت به الحرمة ومحل الحرث قد زال

(قوله وبالموت لم تبق محلا لها لعدم الفائدة ولهذا لايوجب وطؤها حرمة المصاهرة لأنها الأصل فى الحرمة الخ) أقول : ولك أن تقول : لو صح هذا الدليل يلزم أن لاتثبت الحرمة عنده فيما لو حلب قبل الموت وأوجر بعده إلا أن يقال يثبت بالإسناد ، وفيه بحث .

وثيمما. أما الحرمة فى الوطء لكونه ملاقيا لمحل الحرث وقد زال بالموت فافترقا (وإذا احتقن الصبي باللبن لم يتعلق به التحريم) وعن محمد أنه تثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم . ووجه الفرق على الظاهر أن المفسد فى الصوم إصلاح البدن ويوجد ذلك فى الدواء. فأما المحرم فى الرضاع فمعنى النشوء ولا يوجد ذلك فى الاحتقان لأن المغذى

منعناه لثبوت بعضها ، كما لو تزوج رجل بهذه الصبية فى الحال حل له دفن الميتة ويممها لأنها محرمه أم زوجته ، وأيضا بالنسبة إلى غيرها ، حتى لايجوزله الجمع بين الرضيعة وبنت الميتة لأنهما أختان ، أوبالنسبة إلى حرمة نكاحها فقط منعنا تأثيره فى إفادة المانعية بل يفسدها انتفاء الحكم مطلقا ، فإن بين المانعية بأن الحكم وهو حرمة النكاح يثبت أولا فيها ثم يتعدى . قلنا إن أردت أنه لايتعدى إلى غيرها إلا بعد ثبوته فيها منعناه ، بل ذلك عند اتفاق محليتها حينئذ مع أن الحرمة إنما تثبت فى الكل معا شرعا ، والتقدم فى الأم ذاتى لا زمانى . فإذا تحقق المانع فى حقها ثبت فيمن سواها ، ولو علل ابتداء بنجاسة اللبن أو الحرمة كرامة إذ فيه تكثير الأعوان على المقاصد والسكن وبالموت تنجس ، فإن أراد عينا منعناه ، بل لبن الميتة الطاهرة طاهر عند أبى حنيفة ، وقد أسلفنا توجيهه بأن التنجس بالموت لما حلته الحياة قبله وهو منتف فى اللبن وقد كان طاهرا فيبقى كذلك لعدم المنجس إذ لم يطرأ عليه سوى الخروج من باطن إلى ظاهر . والمتيقن من الشرع فيه أنه لايوجب تغير وصفه . بخلاف البول ، وأبو يوسف ومحمد إنما قالا : تنجسه بالمجاورة للوعاء النجس وهو غير مانع من الحرمة ؛ كما لو حلب فى إناء نجس وأوجر به الصبي تثبت الحرمة ، وإن أراد التنجس منعناه لما ذكرناه . والوجور : الدواء يصب فى الحلق قسرا بفتح الواو . والسعوط صبه فى الأنف . ويقال أوجرته ووجرته (قوله أما الحرمة فى الوطء) جواب عن قياسه على عدم حرمة المصاهرة بوطئها بالفرق وهو أن سبب الحرمة فى الرضاع الإنبات والنشوء بواسطة التغذى وفى حرمة المصاهرة الجزئية الحاصلة بواسطة الولد ، ولا يتصور الولد بعد الموت فلم تتصور الجزئية . بخلاف الجزئية المعتبرة فى الرضاع لأنها واقعة فى ارتضاع لبن الميتة (قوله وإذا احتقن) قال فى المغرب : الصواب حقن إذا عولج بالحقنة واحتقن بالضم غير جائز عندهم . قال فى النهاية : لكن ذكر فى تاج المصادر الاحتقان حقنه فردن فجعله متعديا ، فعلى هذا يجوز استعماله على بناء المفعول انتهى . يريد أن منع البناء للمفعول على ما فى المغرب لعدم التعدى وإذ قد نص صاحب تاج المصادر على مايفيد أنه متعد لم يكن بناؤه للمفعول خطأ ، وهذا غلط لأن ما فى تاج المصادر من التفسير لايفيد تعدية الافتعال منه للمفعول الصريح كالصبي فى عبارة الهداية حيث قال : وإذا احتقن الصبي بل إلى الحقنة وهى آلة الاحتقان. والكلام فى بنائه للمفعول الذى هو الصبي . ومعلوم أن كل قاصر يجوز بناؤه للمفعول بالنسبة إلى المجرور والظرف كجلس فى الدار ومر بزيد ، وليس يلزم من جواز البناء باعتبار الآلة والظرف جوازه بالنسبة إلى المفعول ، بل إذا كان متعديا إليه بنفسه ، ثم الاحتقان باللبن لايوجب الحرمة من غير ذكر خلاف بين أصحابنا فى كثير من الأصول وهو قول الأئمة الأربعة ، وكذا لايثبت بالإقطار فى الإحليل والأذن والجائفة والآمة كذا أطلقه بعضهم . ونص آخرون على أنه إذا وصل إلى الجوف ثبتت الحرمة . وبعضهم ذكر أنه روى عن محمد ثبوت الحرمة بالحقنة . وجه الظاهر أن المناط طريق الجزئية وليس ذلك فى الواصل من السافل بل إلى المعدة

بالموت فافترقا . وقوله (وإذا احتقن باللبن) قال فى النهاية : صوابه حقن لا احتقن ، يقال حقن المريض داواه بالحقنة ، واحتقن الصبي غير صحيح لعدم قدرته على ذلك فى مدة الرضاع ، واحتقن مبنيا للمفعول غير جائز فتعين حقن ، ولكن ذكر فى تاج المصادر الاحتقان حقنه كردن فجعله متعديا فعلى هذا يجوز استعماله مبنيا

(قوله قال فى النهاية : صوابه ، إلى قوله : فى استعمال الفقهاء) أقول : إلى هنا كلام النهاية .

وصوله من الأعلى (وإذا نزل للرجل لبن فأرضع به صبيا لم يتعلق به التحريم) لأنه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشوء والنموّ ، وهذا لأن اللبن إنما يتصوّر ممن يتصوّر منه الولادة (وإذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم) لأنه لاجزئية بين الآدمى والبهائم والحرمة باعتبارها

وذلك من الأعلى فقط ، والإقطار فى الإحليل غاية مايصل إلى المثانة فلا يتغذى به الصبي ، وكذا فى الأذن لضيق الثقب ، وفيه نظر لتصريحهم بالفطر بإقطار الدهن فى الأذن لسريانه فيصل إلى باطنه ولا يمنعه ضيق . والأوجه كونه ليس مما يتغذى به وينبت وإن حصل به رفق من ترطيب ونحوه ، والمفسد فى الصوم لايتوقف عليه كما فى الحصى والحديد والوجور والسعوط تثبت به الحرمة اتفاقا (قوله وإذا نزل للرجل لبن فأرضع به صبية لم يتعلق به تحريم لأنه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشوء والنموّ ، وهذا لأن اللبن إنما يتصوّر ممن يتصوّر منه الولادة) وقد يذكر فى بعض الحكايات أنه اتفق لرجل إرضاع صغير ، فإن صح فهو من خوارق العادات لايبنى الفقه باعتباره ، وعلى هذا يلزم أنه لو نزل لبكر لم تبلغ سن البلوغ لبن لايتعلق به التحريم ، ويحكم بأنه ليس لبنا ، كما لو نزل للبكر ماء أصفر لايثبت من إرضاعه تحريم. والوجه الفرق بعدم التصوّر مطلقا ، فإذا تحقق لبنا تثبت الحرمة ، بخلاف الرجل لأن الحكم لازم دائما بأنه ليس بلبن(قوله وإذا شرب صبيان من لبن شاة فلا رضاع محرم بينهما لأنه لاجزئية بين الآدمى والبهائم والحرمة باعتبارها) اعلم أن ثبوت الحرمة بالرضاع بطريق الكرامة للجزئية فإن الوطء ابتذال وامتهان وإرقاق ، ولهذا روى عنه صلى الله عليه وسلم قال« النكاح رق فلينظر أحدكم أين يضع كريمته» ولا يحسن صدوره من مستفيد جزء بنفسه وحياته لمفيدها إذا كان الرضيع صبيا بالنسبة إلى المرضعة تكرمة لها ، وجعلت فى الشرع أما له بسبب أن جزأها صار جزأه كما أن الأم من النسب كذلك إذ جزؤه جزؤها وجزؤه الآخر جزء الأب ، والبهائم ليست بهذه المرتبة فى اعتبار خالقها جل ذكره فإنما خلقها لابتذال

للمفعول وهو الأكثر فى استعمال الفقهاء ، وكلامه ظاهر- (قوله وهذا لأن اللبن إنما يتصور ممن يتصور منه الولادة) بيانه أن الله تعالى خلق اللبن فى الأصل لغذاء الولد لعدم احتماله لسائر الأطعمة والأشربة فى ابتداء حاله ليقوم مقام الطعام والشراب : فلهذا اختص اللبن على التحقيق بمن يتصور منه الولادة كذا فى النهاية . وهذا لايفيد الاختصاص بمن يتصور منه الولادة إذا تأملت لكن اختصاصه بالأنثى الولود من الحيوان وهو الذى يكون أذونا لاصموخا فى غير الآدمى مما هو ثابت بالاستقراء لم يختلف ، وهو دليل على أن ما فى الآدمى فى الذكر ليس بلبن على التحقيق كدم السمك (وإذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم لأنه لاجزئية بين الآدمى والبهائم والحرمة باعتبارها) وذكر فى المبسوط فى هذا حكاية وهى أن محمد بن إسماعيل البخارى صاحب الأخبار كان

(قوله فلهذا اختص اللبن على التحقيق بمن يتصور منه الولادة) أقول : لأنه هو المربي لاالذكور (قوله لكن اختصاصه بالأنثى الولود من الحيوان وهو الذى يكون أذونا لاصموخا فى غير الآدمى مما هو ثابت بالاستقراء لم يتخلف) أقول : قوله مما هو ثابت خبر لكن وقوله هو راجع إلى الولود قال ابن خلكان فى ترجمة يزيد بن المفرغ : العرب تقول كل سكاء تبيض وكل شرقاء تلد ، السكاء التى لاأذن لها ، والشرقاء : التى لها أذن طويلة . والضابط عندهم فيه أن كل حيوان له أذن ظاهرة فإنه يلد ، وكل حيوان ليست له أذن ظاهرة فإنه يبيض (قوله وهو دليل على أن ما فى الآدمى فى الذكر ليس بلبن) أقول : فى دلالة ما ذكره عليه بحث ، إلا أن يراد الدلالة الظنية الضعيفة ومثلها يوجد فيما نقله من النهاية أيضا ، ثم اعلم أن قوله هو راجع إلى الاستقراء .

(وإذا تزوّج الرجل صغيرة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج) لأنه يصير جامعا بين الأم والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا (ثم إن لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها) لأن الفرقة جاءت من قبلها

الآدمى لها على إنحاء الابتذال المأذون فيه من مالكها سبحانه ، قال تعالى ـ والأنعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع ـ وفى آية أخرى ـ فمنها ركوبهم ومنها يأكلون ـ وهو سبحانه مالك الأشياء والحكيم على الإطلاق والعليم بالقوابل التى بها يحصل التفضيل الدنيوى ، فلم يثبت سبحانه بواسطة الاغتذاء بلبنها، بل ولحمها وحصول الجزء منه مزية لها على الآدمى توجب مثل ماتوجب لمساويه فى نوعه من الإكرام والاحترام . فلم تعتبر الشاة أم الصبى وإلا لكان الكبش أباه ، والأختية فرع الأمية ،وكذا سائر الحرم بعدها إنما تثبت بتبعية الأمية حتى الأبوية فإنه لاجزء فى الرضيع منه ، بخلاف الأب من النسب لأن جزأه انفصل فى ولده الذى نزل اللبن بسببه ولم يستقر فى المرأة شىء منه بحيث يكون فى لبنها جزء منه فكيف واللبن إنما يتولد من الغذاء ، والكائن من ماء الرجل إنما يصل من أسفل والتغذى لبقاء الحياة والجزء لايكون إلا ما يصل من الأعلى إلى المعدة ولكن لما أثبت الشرع أمية زوجته عن إرضاع لبن هو سبب فيه أثبت لهوية الرجل الأبوة وحين لاأم ولا أب فلا إخوة ولا تحريم . ونقل أن الإمام محمد بن إسماعيل البخارى صاحب الصحيح أفتى فى بخارى بثبوت الحرمة بين صبيين ارتضعا شاة فاجتمع علماؤها عليه وكان سبب خروجه منها ، والله سبحانه أعلم . ومن لم يدق نظره فى مناطات الأحكام وحكمها كثر خطؤه وكان ذلك فى زمن الشيخ أبى حفص الكبير ومولده مولد الشافعى فإنهما معا ولدا فى العام الذى توفى فيه أبو حنيفة وهو عام خمسين ومائة (قوله وإذا تزوّج الرجل صغيرة رضيعة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لأنه صار جامعا بين الأم والبنت من الرضاعة وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا) ثم حرمة الكبيرة حرمة مؤبدة لأنها أم امرأته ، والعقد على البنت يحرم الأم . وأما الصغيرة فإن كان اللبن الذى أرضعتها به الكبيرة نزل لها من ولد ولدته للرجل كانت حرمتها أيضا مؤبدة كالكبيرة لأنه صار أبا لها ، وإن كان نزل لها من رجل قبله ثم تزوّجت هذا الرجل وهى ذات لبن من الأوّل جاز له أن يتزوّجها ثانيا لانتفاء أبوّته لها، إلا إن كان دخل بالكبيرة فيتأبد أيضا لأن الدخول بالأم يحرّم البنت ، وأما حكم المهر فلا يجب للكبيرة إن لم يكن دخل بها لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول وهو الإرضاع وهو مسقط لنصف المهر كردّتها وتقبيلها ابن الزوج ، وتعليل السقوط بإضافة الفرقة إليها يعرف منه أن الكبيرة لو كانت مكرهة أو نائمة فارتضعتها الصغيرة أو أخذ شخص لبنها فأوجر به الصغيرة أو كانت الكبيرة مجنونة كان لها نصف المهر لانتفاء إضافة الفرقة إليها ، وإن كان دخل بها فلها كمال المهر لكن لانفقة عدّة لها لجنايتها إن لم تكن مجنونة ونحوها . وأما الصغيرة فلا يتصوّر الدخول بالرضيعة فعليه لها نصف مهرها لأن الفرقة وقعت لا من جهتها ، والارتضاع وإن كان فعلها وبه وقع الفساد لكن فعلها لايؤثر فى إسقاط حقها

يقول : تثبت به حرمة الرضاع ، فإنه دخل بخارى فى زمان الشيخ أبى حفص الكبير وجعل يفتى فقال له الشيخ لاتفعل فإنك لست هناك ، فأبى أن يقبل نصحه حتى استفتى عن هذه المسئلة فأفتى بثبوت الحرمة فاجتمعوا وأخرجوه من بخارى . قال (وإذا تزوّج الرجل صغيرة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لأنه يصير جامعا بين الأم والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا) فأما الكبيرة فإن حرمتها مؤبدة ، وكذلك الصغيرة إن كان دخل بالكبيرة ، وإن لم يدخل بها جاز التزوّج بالصغيرة لأنها ربيبة لم يدخل بأمها (ثم إنه إن لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها) إن تعمدت الفساد أو لم تتعمد (لأن الفرقة جاءت من قبلها) قبل الدخول بها وللصغيرة

قبل الدخول بها (وللصغيرة نصف المهر)لأن الفرقة وقعت لامن جهتها ، والارتضاع وإن كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر فى إسقاط حقها كما إذا قتلت مورثها (ويرجع به الزوج على الكبيرة إن كانت تعمدت به الفساد ، وإن لم تتعمد فلا شىء عليها ، وإن علمت بأن الصغيرة امرأته) وعن محمد رحمه الله أنه يرجع فى الوجهين ، والصحيح ظاهر الرواية لأنها وإن أكدت ماكان على شرف السقوط وهو نصف المهر وذلك يجرى مجرى الإتلاف لكنها مسببة فيه ؛ إما لأن الإرضاع ليس بإفساد للنكاح وضعا وإنما ثبت ذلك باتفاق الحال ،

لعدم خطابها بالأحكام وصار كما لو قتلت مورثها فإنها ترثه ولا يكون قتلها موجبا لحرمانها شرعا ، ولأنها مجبورة بحكم الطبع على الارتضاع ، والكبيرة فى إلقامها الثدى مختارة فصار كمن ألقى حية على إنسان فلسعته ضمن لأن اللسع لها طبع فأضيف إليه . وأورد عليه مالو ارتد أبوا صغيرة منكوحة ولحقا بها دار الحرب بانت من زوجها ولا شىء لها من المهر ولم يوجد الفعل منها أصلا فضلا عن كونه وجد ولم يعتبر . أجيب بأن الردة محظورة فى حق الصغيرة أيضا على ما مر ، وإضافة الحرمة إلى ردتها التابعة لردة أبويها ، بخلاف الارتضاع لاحاظر له فتستحق النظر فلا يسقط المهر . وهل يرجع به على الكبيرة إن تعمدت الفساد ؟ يرجع به عليها وإلالا يرجع ، وتعمده بأن تعلم قيام النكاح وأن الرضاع منها مفسد وتعمده لا لدفع الجوع أو الهلاك عند خوف ذلك ، فلو لم تعلم النكاح أو علمته ولم تعلمه مفسدا أو علمته مفسدا ولكن خافت الهلاك أو قصدت دفع الجوع لايرجع ، والقول قول الكبيرة

قبل الدخول بها (وللصغيرة نصف المهر لأن الفرقة لم تجىء من قبلها) فإن قيل : العلة للفرقة الارتضاع وهى فعلها فلم لم تضف الفرقة إليها ؟ أجاب بقوله (والارتضاع وإن كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر شرعا فى إسقاط حقها) ألا ترى أنها لو قتلت مورثها لم تحرم من الميراث . واعترض عليه بصغيرة مسلمة تحت مسلم ارتد أبواها ولحقا بها بدار الحرب بانت من زوجها ولا يقضى لها بشىء من المهر ولم يوجد الفعل منها . والجواب : إنا قد قلنا كلما وقعت الفرقة بفعل من جهتها أسقطت حقها ولم يلزم أن كلما لم تقع الفرقة بفعل من جهتها لم يسقط حقها لأنه إذا لحقها أمر أخرجها عن محلية النكاح كالردة الحاصلة بتبعية الأبوين أسقط حقها (ويرجع به) أى بما أدى من نصف مهر الصغيرة (على الكبيرة إن كانت تعمدت الفساد) بأن قصدت بالإرضاع إفساد النكاح (وإن لم تتعمد) بأن قصدت دفع الهلاك عنها جوعا فلا شىء عليها وإن علمت أن الصغيرة امرأة زوجها . وعن محمد أنه يرجع عليها فى الوجهين) جميعا يعنى فى تعمد الفساد وعدمه لأن من أصله أن المسبب كالمباشر ولهذا جعل فتح باب القفص والإصطبل وحل قيد الآبق موجبا للضمان على ما عرف فى الأصول ، وفى المباشرة المتعدى وغير المتعدى سواء فكذلك فى التسبب (والصحيح ظاهر الرواية لأنها وإن أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر) بتقبيل ابن الزوج إذا بلغت حدا تشتهى (وذلك يجرى مجرى الإتلاف) فى إيجاب الضمان (لكنها مسببة فى ذلك) بالتأكيد لامباشرة (إما لأن الإرضاع ليس بإفساد النكاح وضعا) لأن وضعه لتربية الصغير لا لإفساد النكاح ، وإنما يثبت الإفساد

(قوله واعترض عليه ، إلى قوله : ولايقضى لها بشىء من المهر الخ) أقول : لو صح ماذكرتم يلزم أن يقضى لها بالمهر هنا بطريق الأولى (قوله والجواب أنا قد قلنا كلما وقعت الفرقة بفعل من جهتها أسقطت حقها الخ) أقول : فيه بحث ، والأصوب لايسقط حقها ، ويجوز أن يقال الضمير فى قوله من جهتها وحقها راجع إلى المرأة الكبيرة دون الصغيرة ، إذ لافعل منها شرعا لعدم اعتباره فليتأمل (قوله وإن أكدت ماكان على شرف السقوط وهو نصف المهر بتقبيل ابن الزوج) أقول : قوله هو راجع إلى ما ، وقوله بتقبيل متعلق بقوله شرف (قوله إذا بلغت حدا تشتهى) أقول : يعنى الصغيرة المرضعة (قال المصنف : لكنها مسببة فيه ، إما لأن الإرضاع ليس بإفساد النكاح الخ)

أو لأن إفساد النكاح ليس بسبب لإلزام المهر بل هو سبب لسقوطه ، إلا أن نصف المهر يجب بطريق المتعة على

فى ذلك مع يمينها لأنه لايعرف إلا من جهتها . وعن محمد أنه يرجع فى الوجهين ماإذا قصدت الفساد وما إذا لم تقصده . والصحيح ظاهر الرواية عنه وهو قولهما لأنها : أى الكبيرة وإن أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر بأن تكبر الصغيرة فتفعل ما يسقطه . وذلك أى تأكد ماهو على شرف السقوط يجرى مجرى الإتلاف كشهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا يضمنون نصف المهر لذلك لكنها مسببة فيه لامباشرة : لأن إلقام الثدى شرط للفساد لاعلة له ، بل العلة فعل الصغيرة الارتضاع فكانت الكبيرة مباشرة للشرط العقلى . وهذا ظاهر . غير أن المصنف بين كونها مسببة بأن فعل الإرضاع ليس موضوعا لإفساد النكاح بل لتغذية الصغير وتربيته . وإنما يثبت الفساد باتفاق صيرورتهما أما وبنتا تحت رجل . وإما لأن إفساد النكاح الكائن بصنعها ليس بسبب لإلزام المهر شرعا بل لإسقاطه ، ثم يجب نصف المهر بطريق المتعة على ماعرف من أن وجوبه لابقياس بل بالنص ابتداء جبرا للإيحاش وهو معنى الوجوب بطريق المتعة . لكن من شرطه بطلان النكاح . وقد وجد فيما نحن فيه . ولا يخفى أن هذا الترديد بعينه يجرى فى مباشرة العلة بأن يقال : الارتضاع ليس بإفساد النكاح وضعا . والإفساد ليس بسبب لإلزام المهر شرعا بل لإسقاطه الخ ؛ وليس هو مسببا فالمعوّل عليه فى كونه سببا مابيناه . وإذا كانت مسببة يشترط فيه : أى فى لزوم الضمان التعدى كحفر البئر تسبيب للهلاك ، فإن كان فى ملكه لايضمن ماتلف فيه أو فى غيره ضمنه للتعدى فيه ، وإنما تكون متعدية بمجموع العلمين والقصد على ماتقدم. واعلم أن توجيه ظاهر الرواية بهذا لاينتهض على محمد إذا كان من أصله أن المسبب كالمباشر ولهذا جعل فتح باب القفص والإصطبل وحل قيد الآبق موجبا للضمان لأن حاصل هذا أنه مسبب فيشترط التعدى ، وهو لايلتزم اشتراط التعدى فيه وإنما ينهض الاستدلال على أن المسبب لايلحق بالمباشر . هذا واستشكل التغريم بقصد الفساد بما إذا قتل رجل زوجة

باتفاق الحال لتأديته إلى الجمع بين الأم والبنت فى ملك رجل نكاحا ، أو لأن إفساد النكاح ليس بسبب لإلزام المهر لأنه غير مضمون بالاتفاق لكونه غير متقوّم فى نفسه لأنه ليس بملك عين ولا منفعة على التحقيق ولهذا لايقدر على بيعه وهبته وإيجاره ، وإنما هو ملك ضرورى يظهر فى حق الاستيفاء ، بل هو سبب لسقوطه لأن مايفوت به المبدل يفوت به البدل أيضا . وتقرير كلامه : الكبيرة بإرضاعها مسببة فى تأكيد ما كان على شرف السقوط لامباشرة لأن الإرضاع ليس بإفساد النكاح وضعا كما تقرر . سلمنا أن الإرضاع إفساد النكاح لكن إفساده ليس بسبب لإلزام المهر لما تقرر أيضا . فإن قيل : إذا لم يكن سببا لإلزامه كيف وجب على الزوج نصف

أقول : كيف يكون ذلك وجها لظاهر الرواية عن محمد وأصله أن المسبب كالمباشر فتأمل . قال الإتقانى : ماكان يحتاج المصنف إلى كلمة الاستدراك بين اسم أن وخبرها لأنه لايصح أن يقال : إن زيدا لكنه منطلق ، وهذا لأن قوله مسببة وقع خبر إن فى قوله لأنها وإن أكدت الخ اهـ . وأنت خبير بأن مسببة خبر لكن وخبر إن محذوف : أى ليست بمباشرة (قوله أو لأن إفساد النكاح ليس بسبب لإلزام المهر لأنه غير مضمون بالإتلاف لكونه ، إلى قوله : وإنما هو ملك ضرورى يظهر فى حق الاستيفاء بل هو سبب لسقوطه) أقول : الضمير فى لأنه راجع إلى النكاح أيضا ، وقوله هو فى قوله هو ملك راجع إلى النكاح أيضا ، وقوله بل هو ناظر إلى قوله ليس بسبب ، وضمير سقوطه راجع إلى المهر (قال المصنف : إلا أن نصف المهر يجب بطريق المتعة) أقول : قال الإتقانى : ولقائل أن يقول : لانسلم أن طريقه طريق المتعة لأن المتعة إنما تجب فى الطلاق قبل الدخول إذا لم توجد التسمية وهنا التسمية موجودة ، ولهذا يجب نصف المهر ، ولأنه لو وجب بطريق المتعة لابسبيل إلزام المهر لوجب ثلاثة أثواب لانصف المهر انتهى . ونحن نقول : مراد المصنف أن وجوب نصف المهر مثل وجوب المتعة

ماعرف ،لكن من شرطه إبطال النكاح ، وإذا كانت مسببة يشترط فيه التعدى كحفر البئر ثم إنما تكون متعدية إذا علمت بالنكاح وقصدت بالإرضاع الفساد ، أما إذا لم تعلم بالنكاح أو علمت بالنكاح ولكنها قصدت دفع الجوع والهلاك عن الصغيرة دون الفساد لاتكون متعدية لأنها مأمورة بذلك ، ولو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد لاتكون متعدية أيضا ، وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم

آخر قبل الدخول فإنه يقضى على الزوج بالمهر ولا يرجع به على القاتل . والجواب أن قتله مستعقب لوجوب القصاص أو الدية فلا يجب شيء آخر بقتل واحد ، وللزوج نصيب مما هو الواجب فلا يضاعف عليه . وبما إذا أرضعت أجنبيتان لهما لبن من رجل واحد صغيرتين تحت رجل حرمتا على زوجهما ولم يغرما شيئا وإن تعمدتا الفساد . وأجيب بالفرق بأن فعل الكبيرة هنا مستقل بالإفساد فيضاف الإفساد إليها ، وفعل كل من الكبيرتين هناك غير مستقل به فلا يضاف إلى واحدة منهما لأن الفساد باعتبار الجمع بين الأختين منهما . بخلاف الحرمة هنا لأنه للجمع بين الأم والبنت وهو يقوم بالكبيرة ، وقد حرفت هذه المسئلة فوقع فيها الخطأ وذلك بأن قيل فأرضعتهما امرأتان لهما منه لبن مكان قولنا لهما لبن من رجل لأن فى هذه الصورة الصواب الضمان على كل من هاتين المرأتين لأن كلا منهما أفسدت لصيرورة كل بنتا للزوج (قوله وهذا منا اعتبار الجهل الخ) جواب سؤال هو أن الجهل بالأحكام فى دار الإسلام عندكم ليس عذرا . فقال هذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد الذى هو المحظور الدينى لا لدفع الحكم الذى هو وجوب الضمان غير أنه إذا اندفع قصد الفساد انتفى الضمان لأنه لايثبت إلا بثبوت التعدى كما قلنا والتعدى به يكون ولايتصوّر قصده مع الجهل بما ذكرنا ، فعدم الحكم لعدم العلة لا للجهل مع وجود العلة ، وبهذا يندفع قول من قال تضمن إذا علمت بالنكاح ولم تعلم أن الإرضاع مفسد لأنها لاتعذر بجهل الحكم ، ومن فروع هذه المسئلة لوكان تحته صغيرتان فأرضعتهما أجنبية معا أو على التعاقب حرمتا ، فلوكن ثلاثا فأرضعتهن بأن ألقمت ثنتين ثديها وأوجرت الأخرى ماحلبته حرمن أو على التعاقب بانت الأوليان والثالثة امرأته

المهر . أجاب بقوله إلا أن نصف المهر يجب بطريق المتعة على ماعرف فى باب المهر ، والمتعة تجب بالنص ابتداء بقوله تعالى ـ ومتعوهن ـ لأن المعقود عليه عاد إليها سالما : لكن من شرط وجوبه : أى وجوب نصف المهر بطريق المتعة إبطال النكاح فكانت صاحبة شرط فهى مسببة ، وإذا كانت مسببة يشترط فيه التعدى كما فى حفر البئر ، وإنما تكون متعدية إذا علمت بالنكاح وعلمت أن الإرضاع مفسد وقصدت به الفساد ، وأما إذا لم تعلم بالنكاح أو علمت به ولم تعلم أن الإرضاع مفسد أوعلمت به لكن قصدت دفع الهلاك عن الصغيرة جوعا لاتكون متعدية لكونها مأمورة بذلك : أى بالإرضاع لدفع الهلاك . فإن قيل : الجهل بحكم الشرع فى دار الإسلام ليس بعذر فكيف جعل جهل المرأة بفساد النكاح عذرا فى حق عدم وجوب الضمان عليها . أجاب بقوله وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم . وتقريره أن الحكم الشرعى وهو وجوب الضمان يعتمد التعدى والتعدى بما يحصل بقصد الفساد والقصد إلى الفساد إنما يتحقق عند العلم بالفساد ، فإذا انتفى العلم بالفساد انتفى قصد الفساد ، وكان اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم . فإن قلت : دفع قصد الفساد يستلزم دفع الحكم فكان اعتبار

فى كونه على خلاف القياس بالنص لا أنه متعة كما فهمه المعترض (قوله والمتعة تجب بالنص ابتداء) أقول : يعنى لابالعقد .

(ولاتقبل فى الرضاع شهادة النساء منفردات وإنما تثبت بشهاده رجلين أورجل وامرأتين) وقال مالك رحمه الله: تثبت بشهادة امرأة واحدة إذاكانت موصوفة بالعدالة لأن الحرمةحق من حقوق الشرع فتثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فأخبره واحد أنه ذبيحة المجوسى . ولنا أن ثبوت الحرمة لايقبل الفصل عن زوال الملك فى باب النكاح

لأنهن حين ارتضعتا حرمتا فحين ارتضعت الثالثة لم يكن فى عصمته سواها ؛ ولو كن أربعا فأرضعتهن معا أو واحدة ثم الثلاث معا حرمن ؛ وكذا لو أرضعتهن على التعاقب لأنها حين أرضعت الأخريين لم يكن فى نكاحه غيرهما ، ولو كان تحته صغيرتان وكبيرة فأرضعتهما الكبيرة على التعاقب بقى نكاح الثانية لأنها حين أرضعتها ليس فى نكاحه غيرها ؛ والسابق عقد مجرد على الأم فلا يوجب حرمة البنت . ولوكن كبيرتين وصغيرتين فأرضعت كل من الكبيرتين صغيرة حرمت عليه الأربع للزوم الجمع بين الأمين وبنتيهما .ولو أرضعت إحدى الكبيرتين الصغيرتين ثم أرضعتهما الكبيرة الأخرى وذلك قبل الدخول بالكبيرتين . فالكبرى الأولى مع الصغرى الأولى بانتا منه لما قلنا ، والصغرى الثانية لم تبن بإرضاع الكبرى الأولى.والكبرى الثانية إن ابتدأت بإرضاع الصغرى الثانية بانتا منه ، أو بالصغرى الأولى فالصغرى الثانية امرأته لأنها حين أرضعت الأولى صارت أما لها وفسد نكاحها لصحة العقد على الصغرى الأولى فيما تقدم ؛ والعقد على البنت يحرم الأم ثم أرضعت الثانية وليس فى نكاحه غيرها (قوله ولا يقبل فى الرضاع شهادة النساء منفردات) أى عن الرجال ، وإنما يثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين . وقال مالك : يثبت بشهادة امرأة واحدة إن كانت موصوفة بالعدالة . ونقل عن أحمد وإسحاق والشافعى بأربع نسوة . والذى فى كتبهم إنما يثبت بشهادة امرأتين . وكذا عند مالك بناء على أنه مما لايطلع عليه الرجال لأنه لايحل النظر إلى ثدى الأجنبية . والوجه المذكور فى الكتاب للاكتفاء بالواحدة وهو أن الحرمة من حقوق الشرع فهى أمر دينى يثبت بخبر الواحد ، كمن اشترى لحما فأخبره واحد أنه ذبيحة مجوسى فإنه تثبت الحرمة عليه بإخباره . ثم يثبت زوال الملك فى ضمنه ؛ وكم من شىء يثبت ضمنا بطريق لايثبت بمثلها قصدا ، ولحديث عقبة بن الحرث فى الصحيحين « أنه تزوّج أم يحيى بنت أبى إهاب ، فجاءت أمة سوداء فقالت : قد أرضعتكما ، قال : فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال : فأعرض عنى فتنحيت فذكرت ذلك له ؛ قال : وكيف وقد زعمت أن قد أرضعتكما» وعقبة هذا يكنى أبا سروعة بكسر السين المهملة وسكون الراء وفتح الواو والعين المهملة ؛ وبهذا الحديث استدل من قال تقبل الواحدة المرضعة واعتبار ظاهره مطلقا يوجب جواز قبول الأمة .وروى مطولا فى الترمذى ، وفيه « فجاءت امرأة سوداء » وفيه قول عقبة « فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فقلت : تزوّجت فلانة بنت فلان فجاءت امرأة سوداء فقالت أرضعتكما وهى كاذبة ، فأعرض عنى ؛ قال : فأتيته من قبل وجهه فقلت إنها كاذبة ، قال : وكيف بها وقد زعمت أنها قد أرضعتكما دعها عنك » ولنا أن ثبوت الحرمة لايقبل الفصل

الجهل لدفع الحكم . قلت : لزم ذلك ضمنا فلا معتبر به . وقوله (و لا تقبل فى الرضاع شهادة النساء منفردات) أى عن الرجال أجنبيات كنّ أو أمهات أحد الزوجين واحدة كانت أو أكثر . وقال الشافعى : تقبل شهادة أربع منهن . وقال مالك : تقبل شهادة واحدة إذا اتصفت بالعدالة . وجه قول الشافعى إن الرضاع يكون بالثدى ولا يطلع على ذلك رجل لحرمة النظر إليه ، وعنده أن شهادة أربع منهن شرط فيما لايطلع عليه الرجال لتقوم كل امرأتين مقام رجل . وقلنا : هو مما يطلع عليه الرجال من ذوى المحارم يحل لهم النظر إلى ثديها . ووجه قول

وإبطال الملك لايثبت إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، بخلاف اللحم لأن حرمة التناول تنفك عن زوال الملك فاعتبر أمرا دينيا ، والله أعلم بالصواب .

عن زوال الملك فى باب النكاح لأنها مؤبدة بخلاف الحرمة بالحيض ونحوه والأملاك لاتزال إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، بخلاف حرمة اللحم حيث ينفك عن زوال الملك كالخمر مملوكيته محرمة وجلد الميتة قبل الدباغ يحرم الانتفاع به وهو مملوك ، وإذا كانت الحرمة لاتستلزم زوال الملك فالشهادة قائمة على مجرد الحرمة حقا لله تعالى فيقبل فيها خبر الواحد ، وأما الحديث فكان للتورع ، ألا يرى أنه أعرض عنه فى المرة الأولى وقيل فى الثانية أيضا ، وإنما قال له ذلك فى الثالثة ، ولو كان حكم ذلك الإخبار وجوب التفريق لأجابه به من أول الأمر ، إذ الإعراض قد يترتب عليه ترك السائل المسئلة بعد ذلك ففيه تقرير على المحرم ، فعلم أنه قال له ذلك لظهور اطمئنان نفسه بخبرها لا من باب الحكم ، وكونها كاذبة حمقاء على ماقيل لاينفى اطمئنان النفس بخبرها ، بل قد يكون معه لأن بعض البلاهة يقارنها بحسب الغالب عدم الخبث الذى عنه تعمد الكذب والكلام فى هذا القدر لا فى الجنون . وقد قلنا : إنه إذا وقع فى القلب صدقها يستحب التنزه ولو بعد النكاح ، وكذا إذا شهد به رجل واحد وقولهم لايطلع عليه أحد من الرجال . قلنا : لا نسلم فإن المحارم من الرجال يطلعون عليه ، وأيضا الرضاعة لاتتوقف على إلقام الثدى لجواز حصولها بالوجور والسقوط . وروى عن عمر رضى الله عنه مثل قولنا . وفى المحيط : لو شهدت امرأة واحدة قبل العقد ؛ قيل يعتبر فى رواية ولا يعتبر فى رواية .

[فروع] قال لامرأته هذه أمى من الرضاعة أو أختى أو بنتى من الرضاع ثم رجع عن ذلك بأن قال أخطأت أو نسيت ، إن كان بعد أن ثبت على الأول بأن قال بعده هو حق أو كما قلت فرق بينهما ولا ينفعه جحوده بعد ذلك ، وإن قال قبل أن يصدر منه الثبات عليه لم يفرق بينهما خلافا للشافعى والنكاح باق ، لأن مثله إنما يوجب الفرقة بشرط الثبات ، وتفسير الثبات ما ذكرنا ، ومثل هذا فى الإقرار بالنسب ، وذلك لأن ثبوت النسب والرضاع مما يخفى عن الإنسان فالتناقض فيه مطلقا لايمنع ، بخلاف ما إذا ثبت بعد التروى فيعذر قبله ولا يعذر بعده ، وهذا فى النسب فيمن ليس لها نسب معروف ، ولو أقرت المرأة بذلك وأنكر هو ثم قالت أخطأت فالنكاح باق بالإجماع ، وعند الشافعى يحلف الزوج على العلم فى قول وعلى البتات فى قول ، ولو تزوجها قبل أن تكذب نفسها جاز ولا تصدق المرأة على قولها . بخلاف مالو أقر الرجل قبل التزوج وثبت على ذلك لايحل له تزوجها . قال فى الفتاوى الصغرى : هذا دليل على أن المرأة إذا أقرت بالطلقات الثلاث من رجل حل لها أن تزوج نفسها منه انتهى . وكان وجهه أن الطلاق مما يستقل به الزوج فى غيبتها وحضورها فيتحقق فيه الخفاء فصح رجوعها عن الإقرار به قبل التروى ، والله أعلم .

مالك أن الحرمة حق من حقوق الشرع فيثبت بخبر الواحد ؛ كمن اشترى لحما فأخبره واحد أنه ذبيحة المجوسى فإنه ينبغى للمسلم أن لايأكل منه ولا يطعم غيره لأن المخبر أخبره بحرمة العين وبطلان الملك فتثبت الحرمة مع بقاء الملك ، ثم لما ثبتت الحرمة مع بقاء الملك لايمكنه الرد على بائعه ولا أن يحبس الثمن عن البائع . ولنا ما ذكره فى الكتاب وهو واضح لايحتاج إلى بيان ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

(قوله ثم لما ثبتت الحرمة مع بقاء الملك الخ) أقول : فيه تأمل .

كتاب الطلاق

كتاب الطلاق

لما فرغ من النكاح وبيان أحكامه اللازمة عند وجوده والمتأخرة عنه وهى أحكام الرضاع شرع يذكر ما به يرتفع لأنه فرع تقدم وجوده واستعقاب أحكامه ، وأيضا بينه وبين الرضاع مناسبة من جهة أن كلا منهما يوجب الحرمة إلا أن ما بالرضاع حرمة مؤبدة ، وما بالطلاق مغيا بغاية معلومة فقدم بيان الحكم الأشد اهتماما بشأنه ، ثم ثنى بالأخف ، وأيضا الترتيب الوجودى يناسبه الترتيب الوضعى ، والنكاح سابق فى الوجود بأحكامه ويتلوه الطلاق فأوجده فى التعليم كذلك . والطلاق اسم بمعنى المصدر الذى هو التطليق كالسلام والسراح بمعنى التسليم والتسريح ، ومنه قوله تعالى ـ الطلاق مرتان ـ أى التطليق ، أو هو مصدر طلقت بضم اللام أو فتحها طلاقا كالفساد . وعن الأخفش نفى الضم . وفى ديوان الأدب إنه لغة ، والطلاق لغة رفع الوثاق مطلقا ، واستعمل فعله بالنسبة إلى غير نكاح المرأة من الأفعال أطلقت بعيرى وأسيرى ، وفيه من التفعيل طلقت امرأتى ، يقال ذلك إخبارا عن أول طلقة أوقعها ، فإن قاله ثانية فليس فيه إلا التأكيد ، أما إذا قاله فى الثالثة فللتكثير كغلقت الأبواب . وفى الشرع رفع قيد النكاح بلفظ مخصوص وهو ما اشتمل على مادة ط ل ق صريحا كأنت طالق أو كناية كمطلقة بالتخفيف وهجاء طالق بلا تركيب كأنت ط ا ل ق على ما سيأتى وغيرهما كقول القاضى فرقت بينهما عند إباء الزوج الإسلام والعنة واللعان وسائر الكنايات المفيدة للرجعة والبينونة ولفظ الخلع فخرج تفريق القاضى فى إبائها وردة أحد الزوجين وتباين الدارين حقيقة وحكما وخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة ونقصان المهر فإنها ليست طلاقا ، فقول بعضهم رفع قيد النكاح من أهله فى محله غير مطرد لصدقه على الفسوخ ومشتمل على مالاحاجة إليه ، فإن كونه من الأهل فى المحل من شرط وجوده لادخل له فى حقيقته والتعريف لمجردها وركنه نفس اللفظ . وأما سببه فالحاجة إلى الخلاص عند تباين الأخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم إقامة حدود الله تعالى ، وشرعه رحمة منه سبحانه وتعالى . وشرطه فى الزوج أن يكون عاقلا بالغا مستيقظا ، وفى الزوجة أن تكون منكوحته أو فى عدته التى تصلح معها محلا للطلاق . وضبطها فى المحيط فقال : المعتدة بعدة الطلاق يلحقها الطلاق ، والمعتدة بعدة الوطء لايلحقها الطلاق . وقد يقال : إنه غير حاصر إذ تتحقق العدة دونهما كما لو عرض فسخ

كتاب الطلاق

لما كان الطلاق متأخرا عن النكاح طبعا أخره عنه وضعا ليوافق الوضع الطبع . والطلاق فى اللغة عبارة عن رفع القيد . وفى عرف الفقهاء عبارة عن حكم شرعى برفع القيد النكاحى بألفاظ مخصوصة . وسببه الحاجة

كتاب الطلاق

(قوله لما كان الطلاق متأخرا الخ) أقول : كان الأنسب للشارح أن يبين وجه تأخيره عن الرضاع بأنه سبب الحرمة المؤبدة دون الطلاق فقدم الأشد لكنه نظر إلى أن الإرضاع من تتمات النكاح فتأمل (قوله وفى عرف الفقهاء الخ) أقول : لعله منقوض بالفسخ فإن القاضى إذا فسخ النكاح يكون فى بعض المواد طلاقا وفى بعضها فسخا واللفظ واحد فليتأمل .

. . . .

بخيار بعد مجرد الخلوة اللهم إلا أن تلحق الخلوة بالوطء ، فكأنها هو وفيه تساهل ، ثم يقتضى أن كل عدّة عن فسخ بعروض حرمة مؤبدة أو غير مؤبدة لايقع فيها طلاق ولا شك فيه فى الحرمة المؤبدة ، كما إذا عرضت الحرمة بتقبيل ابن الزوج فإنه لا فائدة حينئذ فى اعتباره لأنه لايتوقت بغاية ليفيد الطلاق فائدته . وأما فى الفسخ بغيرها فالمصرّح به فى العدة من خيار العتق والبلوغ أنه لايلحقها طلاق لأنه فسخ فيجعل كأنه لم يكن ، وكذا بعدم الكفاءة ونقصان المهر ، وعلى هذا إذا سبى أحد الزوجين فوقعت الفرقة لايقع طلاق الزوج لعدم العدّة لأن المسبى إذا كان الزوج فلا عدة على زوجته الحربية ، وإن كانت المرأة فكذلك لخلها للسابى بالاستبراء . ومثله لو وقعت الفرقة بمهاجرة أحدهما مسلما أو ذميا لايقع طلاق ، لأنه إن كان الرجل فلا عدة على الحربية ، وإن كانت المرأة فكذلك عند أبى حنيفة وعندهما ، وإن كان عليها العدة فهى عدة لاتوجب ملك يد إذ لا يد للحربى ، وأقل مايقع فيه الطلاق ملك اليد فكانت كالعدة عن الفرقة فى نكاح فاسد ، وكذا لو خرج الزوجان مستأمنين فأسلم أحدهما أو صار ذميا فهى امرأته حتى تحيض ثلاث حيض ، فإذا حاضتها وقعت الفرقة بلا طلاق فلا يقع عليها طلاقه لأن المصرّ منهما كأنه فى دار الحرب لتمكنه من الرجوع ، إلا أنه منقوض بما إذا أسلم أحد الزوجين الذميين وفرّق بينهما بإباء الآخر فإنه يقع عليها طلاقه وإن كانت هى الآبية مع أن الفرقة هناك فسخ ، وبه ينتقض ماقيل إذا أسلم أحد الزوجين لم يقع عليها طلاقه ، وينتقض أيضا بالمرتد يقع عليها طلاقه مع أن الفرقة بردته فسخ خلافا لأبى يوسف رحمه الله ، ولو كانت هى المرتدة فهى فسخ اتفاقا ، ويقع طلاقه عليها فى العدّة . واختلف فى محليتها للطلاق لو هاجرت فانفسخ النكاح فهاجر بعدها وهى فى العدة على قولهما لم يقع طلاقه . قال فى المبسوط : وقيل هذا قول أبى يوسف رحمه الله الأول وهو قول محمد ، فأما على قول أبى يوسف الآخر يقع طلاقه ، وهو نظير ما لو اشترى الرجل امرأته بعد ما دخل بها ثم أعتقها وطلقها فى العدّة لايقع طلاقه فى قول أبى يوسف الأول وهو قول محمد . وفى قول أبى يوسف الآخر يقع ، وكذا الخلاف فيما لو اشترت المرأة زوجها : يعنى فأعتقته ، فحكى الخلاف فى هاتين المسئلتين على عكس ما حكاه فى المنظومة فى المسئلة الثانية ، ولو ارتد ولحق بدار الحرب لايقع طلاقه اتفاقا . فلو عاد وهى بعد فى العدّة فطلقها فهو على هذا الخلاف ، وما ذكر من أنه لاعدة على الحربية فى دار الحرب عندهما يخالف ماذكره محمد فى السير فيما إذا أسلمت امرأة الحربى وهما فى دار الحرب حيث يتأخر وقوع الفرقة بينهما إلى مضى ثلاث حيض أو ثلاثة أشهر ، فإذا مضت وقعت الفرقة . قال محمد : وعليها ثلاث حيض أخرى وهى فرقة بطلاق ، ولهذا يقع عليها طلاقه لأن تلك الفرقة ليست للتباين بل للإباء إلا أن المدة أقيمت مقام إبائه بعد العرض فلذا يقع عليها طلاقه . وأما وصفه فهو أبغض المباحات إلى الله تعالى على ما رواه أبو داود وابن ماجه عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « إن أبغض المباحات عند الله الطلاق » فنص على إباحته وكونه مبغوضا وهو لايستلزم ترتب لازم المكروه الشرعى إلا لو كان مكروها بالمعنى الاصطلاحى ، ولا يلزم ذلك من وصفه بالبغض إلا لو لم يصفه بالإباحة لكنه وصفه بها لأن أفعل التفضيل بعد ما أضيف إليه ، وغاية ما فيه أنه مبغوض إليه سبحانه وتعالى ولم يترتب عليه ما رتب على المكروه ، ودليل نفى الكراهة قوله تعالى ـ لاجناح عليكم إن طلقتم

المحوجة إليه . وشرطه كون المطلق عاقلا بالغا والمرأة فى النكاح أو عدته التى تصلح بها محلا للطلاق ، وحكمه زوال الملك عن المحل . وأقسامه مايذكره . ✱

(باب طلاق السنة)

النساء مالم تمسوهن - وطلاقه صلى الله عليه وسلم حفصة ثم أمره سبحانه وتعالى أن يراجعها فإنها صوّامة قوّامة ، وبه يبطل قول القائلين لايباح إلا لكبر كطلاق سودة أو ريبة فإن طلاقه حفصة لم يقرن بواحد منهما . وأما ماروى « لعن الله كل ذوّاق مطلاق » فمحمله الطلاق لغير حاجة بدليل ما روى من قوله صلى الله عليه وسلم « أيما امرأة اختلعت من زوجها بغير نشوز فعليها لعنة الله والملائكة والناس أجمعين » ولا يخفى أن كلامهم فيما سيأتى من التعاليل يصرح بأنه محظور لما فيه من كفران نعمة النكاح وللحديثين المذكورين وغيرهما ، وإنما أبيح للحاجة والحاجة ماذكرنا فى بيان سببه فبين الحكمين منهم تدافع ، والأصح حظره إلا لحاجة للأدلة المذكورة ، ويحمل لفظ المباح على ما أبيح فى بعض الأوقات : أعنى أوقات تحقق الحاجة المبيحة ، وهو ظاهر فى رواية لأبى داود « ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق » وإن الفعل لاعموم له فى الزمان ، غير أن الحاجة لاتقتصر على الكبر والريبة . فمن الحاجة المبيحة أن يلقى إليه عدم اشتهائها بحيث يعجز أو يتضرر بإكراهه نفسه على جماعها ، فهذا إذا وقع فإن كان قادرا على طول غيرها مع استبقائها ورضيت بإقامتها فى عصمته بلا وطء أو بلا قسم فيكره طلاقه كما كان بين رسول الله صلى الله عليه وسلم وسودة ، وإن لم يكن قادرا على طولها أو لم ترض هى بترك حقها فهو مباح لأن مقلب القلوب رب العالمين . وأما ماروى عن الحسن وكان قيل له فى كثرة تزوّجه وطلاقه فقال : أحب الغنى ، قال الله تعالى - وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته - فهو رأى منه إن كان على ظاهره ، وكل مانقل عن طلاق الصحابة رضى الله عنهم كطلاق عمر رضى الله عنه أم عاصم وعبد الرحمن بن عوف تماضر والمغيرة بن شعبة الزوجات الأربع دفعة واحدة فقال لهن : أنتن حسنات الأخلاق ناعمات الأطواق طويلات الأعناق اذهبن فأنتن طلاق . فمحمله وجود الحاجة مما ذكرنا ، وأما إذا لم تكن حاجة فمحض كفران نعمة وسوء أدب فيكره ، والله سبحانه وتعالى أعلم . وأما حكمه فوقوع الفرقة مؤجلا بانقضاء العدة فى الرجعى وبدونه فى البائن . وأما محاسنه فمنها ثبوت التخلص به من المكاره الدينية والدنيوية ، ومنها جعله بيد الرجال دون النساء لاختصاصهن بنقصان العقل وغلبة الهوى ، وعن ذلك ساء اختيارهن وسرع اغترارهن ونقصان الدين وعنه كان أكثر شغلهن بالدنيا وترتيب المكايد وإفشاء سر الأزواج وغير ذلك ، ومنها شرعه ثلاثا لأن النفس كذوبة ربما يظهر عدم الحاجة إليها أو الحاجة إلى تركها وتسوّله ، فإذا وقع حصل الندم وضاق الصدر به وعيل الصبر ، فشرعه سبحانه وتعالى ثلاثا ليجرب نفسه فى المرة الأولى ، فإن كان الواقع صدقها استمر حتى تنقضى العدة وإلا أمكنه التدارك بالرجعة ، ثم إذا عادت النفس إلى مثل الأول وغلبته حتى عاد إلى طلاقها نظر أيضا فيما يحدث له فما يوقع الثالثة إلا وقد

(باب طلاق السنة)

ذهب بعض الناس إلى أن إيقاع الطلاق ليس بمباح إلا عند الضرورة لقوله عليه الصلاة والسلام « لعن الله كل ذوّاق مطلاق » والعامة على إباحته بالنصوص المطلقة كقوله تعالى - لاجناح عليكم إن طلقتم النساء - وقوله تعالى - يا أيها النبىّ إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدّتهن - وأمثالهما . وأقسامه ثلاثة : حسن ، وأحسن ، وبدعى

(باب طلاق السنة)

أقول : فيكون ذكر التداعى استطرادا .

قال (الطلاق على ثلاثة أوجه : حسن ، وأحسن ، وبدعى . فالأحسن أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة فى طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضى عدتها) لأن الصحابة رضى الله تعالى عنهم كانوا يستحبون أن لا يزيدوا فى الطلاق على واحدة حتى تنقضى العدة فإن هذا أفضل عندهم من أن يطلقها الرجل ثلاثا عند كل طهر واحدة ، ولأنه أبعد من الندامة وأقل ضررا بالمرأة ولا خلاف لأحد فى الكراهة

جرّب وفقه فى حال نفسه ، وبعدد الثلاث تبلى الأعذار . وأما أقسامه فما أفاده المصنف بقوله (الطلاق على ثلاثة أوجه : حسن ، وأحسن ، وبدعى) اعلم أن الطلاق سنى وبدعى ؛ والسنى من حيث العدد ومن حيث الوقت ، والبدعى كذلك ، فالسنى حسن وأحسن (فالأحسن أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة فى طهر لم يجامعها فيه) ولا فى الحيض الذى قبله ولا طلاق فيه ، وهذا على ظاهر المذهب على ما سيأتى (ويتركها حتى تنقضى عدتها) لما أسند ابن أبى شيبة عن إبراهيم النخعى أن الصحابة رضى الله عنهم كانوا يستحبون أن يطلقها واحدة ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض . وقال محمد : بلغنا عن إبراهيم النخعى (أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يستحبون أن لا يزيدوا فى الطلاق على واحدة حتى تنقضى العدة فإن هذا أفضل عندهم من أن يطلق الرجل امرأته ثلاثا عند كل طهر واحدة ولأنه أبعد عن الندامة) حيث أبقى لنفسه مكنة للتدارك حيث يمكنه التزوج بها فى العدة أو بعدها دون تخلل زوج آخر (وأقل ضررا بالمرأة) حيث لم تبطل محليتها بالنسبة إليه فإن سعة حلها نعمة عليها فلا يتكامل ضرر الإيحاش (ولا خلاف لأحد فى الكراهة) أنها واقعة أولا ، بل الإجماع على انتفائها ، بخلاف الحسن فإن فيه خلاف مالك ، ولما ذكرنا من قلة ضرر هذا واستحبابه عند الصحابة كان أحسن . واعلم أن السنى المسنون وهو كالمندوب فى استعقاب الثواب ، والمراد به هنا المباح لأن الطلاق ليس عبادة فى نفسه ليثبت له ثواب فمعنى المسنون منه ما ثبت على وجه لا يستوجب عتابا . نعم لو وقعت له داعية أن يطلقها عقيب جماعها أو حائضا أو ثلاثا فمنع نفسه من الطهر إلى الطهر الآخر والواحدة نقول إنه يثاب لكن لا على الطلاق فى الطهر الخالى بل على كف نفسه عن ذلك الإيقاع على ذلك الوجه امتناعا عن المعصية وذلك الكف غير فعل الإيقاع ، وليس المسنون يلزم تلك الحالة ؛ لأنه لو أوقع واحدة فى الطهر الخالى من غير أن يخطر له داعية ذلك الإيقاع سميناه طلاقا مسنونا مع انتفاء سبب الثواب وهو كف النفس عن المعصية بعد تهيؤ أسبابها وقيام داعيتها ، وهذا كمن استمر على عدم الزنا من غير أن يخطر له داعيته وتهيؤه له مع الكف عنه لا يثاب عليه ، ولو وقعت له داعيته

على ما ذكره فى الكتاب ، وهو ظاهر . (قوله ولأنه أبعد من الندامة) حيث أبقى لنفسه مكنة التدارك بأن يراجعها فى العدة وبعدها بتجديد من غير استحلال ، وأقل ضررا بالمرأة حيث لم تبطل محليتها نظرا إليه لأن اتساع المحلية نعمة فى حقهن فلا يتكامل ضرر الإيحاش . وقوله (ولا خلاف لأحد فى الكراهة) أى فى عدم الكراهة يعنى

(قال المصنف : الطلاق على ثلاثة أوجه) أقول : قال العلامة النسفى فى الكنز : الطلاق رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح انتهى . فيه بحث لأنه منقوض بالفسخ . قال العلامة الزيلعى فى شرحه : وهذا فى الشريعة . وقوله شرعا يحترز به عن رفع القيد الثابت حسا وهو حل الوثاق . وقوله بالنكاح يحترز به عن العتق لأنه رفع قيد ثابت شرعا لكنه لا يثبت ذلك القيد بالنكاح ، وفى اللغة عبارة عن رفع القيد مطلقا ، يقال أطلق الفرس والأسير ، ولكن استعمل فى النكاح بالتفعيل وفى غيره بالأفعال ، ولهذا فى قوله لامرأته أنت مطلقة بتشديد اللام لا يحتاج فيها إلى النية وبتخفيفها يحتاج اهـ (قوله حيث لم تبطل محليتها نظرا إليه لأن اتساع المحلية نعمة فى حقهن)

(والحسن هو طلاق السنة ، وهو أن يطلق المدخول بها ثلاثا فى ثلاثة أطهار) وقال مالك رحمه الله : إنه بدعة ولا يباح إلا واحدة لأن الأصل فى الطلاق هو الحظر والإباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة . ولنا قوله

وطلب النفس له وتهيؤه له وكف تجافيا عن المعصية أثيب (قوله والحسن طلاق السنة) وأنت حققت أن كلا منهما طلاق السنة فتخصيص هذا باسم طلاق السنة لاوجه له والمناسب تمييزه بالمفضول من طلاقى السنة . قال (وهو أن يطلق المدخول بها ثلاثا فى ثلاثة أطهار) سواء كانت الزوجة مسلمة أو غير مسلمة لأنه المخاطب بإيقاعه كذلك ، ويجب على الغائب إذا أراد أن يطلق أن يكتب إذا جاءك كتابى هذا وأنت طاهرة فأنت طالق ، وإن كنت حائضا فإذا طهرت فأنت طالق . وقال مالك : هذا بدعة ولا يباح إلا واحدة لأن الأصل فى الطلاق هو الحظر والإباحة لحاجة الخلاص ، وقد اندفعت بالواحدة (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم)فيما روى الدارقطنى من حديث معلى بن منصور ، حدثنا شعيب بن زريق أن عطاء الخراسانى، حدثهم عن الحسن قال : حدثنا عبد الله بن عمر « أنه طلق امرأته وهى حائض ثم أراد أن يتبعها بطلقتين أخريين عند القرءين ، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله ، قد أخطأت السنة ، السنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء ، فأمرنى فراجعتها . فقال : إذا هى طهرت فطلق عند ذلك أوأمسك ، فقلت : يارسول الله أرأيت لو طلقتها ثلاثا أكان يحل لى أن أراجعها ؟ فقال لا ، كانت تبين منك وكانت معصية» أعله البيهقى بالخراسانى قال : أتى بزيادات لم يتابع عليها ، وهوضعيف لايقبل ما تفرد به . ورد بأنه رواه الطبرانى : حدثنا على بن سعيد الرازى، حدثنا يحيى بن عثمان بن سعيد بن كثير بن دينار الحمصى ، حدثنا أبى : حدثنا شعيب بن زريق سندا ومتنا . وقد صرح الحسن بسماعه من ابن عمر ، وكذلك قال أبو حاتم . وقيل لأبى زرعة الحسن لقى ابن عمر ؟ قال نعم . وأما إعلال عبد الحق إياه بمعلى بن منصور فليس بذاك ، ولم يعله البيهقى إلا بالخراسانى ، وقد ظهرت متابعته ، ولأن الحكم يدار على دليل الحاجة لخفائها لأنها باطنة ، ودليلها الإقدام على طلاقها فى زمن تجدد الرغبة ، وقد تكون الحاجة ماسة إلى تركها البتة لرسوخ الأخلاق المتباينة وموجبات المنافرة فلا تفيد رجعتها فيحتاج إلى فطام النفس عنها على وجه لايعقب الندم والنفس تلح لحسن الظاهر ، وطريق إعطاء هذه الحاجة مقتضاها على الوجه المذكور

لم يقل أحد بكراهة هذا الطلاق . وقوله (لأن الأصل فى الطلاق هو الحظر) لأنه قطع النكاح الذى هو سنة فيكون محظورا . وقوله (والإباحة لحاجة الخلاص) الضرورة التخليص عنها بتباين الأخلاق وتنافر الطباع ، وهذا المعنى يحصل بالواحدة فلا يحتاج إلى الثانية . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام فى حديث ابن عمر وهو ما روى البخارى وغيره مسندا إلى نافع عن عبد الله بن عمر « أنه طلق امرأته وهى حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم . فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال عليه الصلاة والسلام : مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ، ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التى أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء » وأشار به إلى قوله تعالى ـ فطلقوهن لعدتهن ـ قال إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق ، خير بين الإمساك والطلاق. ولو كان الطلاق الثانى بدعة لما فعل ذلك ، كذا فى بعض الشروح . وليس هذا شرح ما فى

أقول :فيه مخالفة لما سبق فى إثبات خيار العتق فى باب نكاح الرقيق على مافصل فى الشروح (قال المصنف : والحسن هو طلاق السنة) أقول : تخصيص هذا باسم طلاق السنة لاوجه له ، إذ الأحسن أيضا هو طلاق السنة .

صلى الله عليه وسلم فى حديث ابن عمر رضى الله عنهما « إن من السنة أن تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل قرء تطليقة » ولأن الحكم يدار على دليل الحاجة وهو الإقدام على الطلاق فى زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالى عن الجماع ، فالحاجة كالمتكررة نظرا إلى دليلها ، ثم قيل: الأولى أن يؤخر الإيقاع إلى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة، والأظهر أن يطلقها كما طهرت ، لأنه لو أخر ربما يجامعها ، ومن قصده التطليق فيبتلى بالإيقاع عقيب الوقاع (وطلاق البدعة أن يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو ثلاثا فى طهر واحد ، فإذا فعل ذلك وقع الطلاق

أن يطلق واحدة ليجرب نفسه على الصبر ويعالجها عليه ، فإن لم يقدر تدارك بالرجعة ، وإن قدر أوقع أخرى فى الطهر الآخر كذلك ، فإن قدر أبانها بالثالثة بعد تمرن النفس على الفطام ، ثم إذا أوقع الثلاثة فى ثلاثة أطهار فقد مضت من عدتها حيضتان إن كانت حرة ، فإذا حاضت حيضة انقضت ، وإن كانت أمة فبالطهر من الحيضة الثانية بانت ووقع عليها ثنتان (قوله ثم قيل الأولى أن يؤخر الطلاق إلى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة) عليها . وقال المصنف : والأظهر أى الأظهر من قول محمد حيث قال : إذا أراد أن يطلقها ثلاثا طلقها واحدة إذا طهرت ، ورجحه بأنه لو أخر ربما يجامعها فيه ومن قصده تطليقها فيبتلى بالإيقاع عقيب الوقاع . ولا يخفى أن الأول أقل ضررا فكان أولى ، وهو رواية عن أبى يوسف رحمه الله عن أبى حنيفة رحمه الله (قوله وطلاق البدعة) ماخالف قسمى السنة ، وذلك بأن يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو مفرقة فى طهر واحد أو ثنتين كذلك أو واحدة فى الحيض أو فى طهر قد جامعها فيه أو جامعها فى الحيض الذى يليه هو ، فإذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا ، وفى كل من وقوعه وعدده وكونه معصية خلاف ، فعن الإمامية لايقع بلفظ الثلاث ولا فى حالة

الكتاب ، وإنما شرحه ماروى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لابن عمر حين طلق امرأته وهى حائض : ما هكذا أمرك الله تعالى ، إنما السنة أن تستقبل الطهر استقبالا ويطلقها لكل قرء تطليقة » (وقوله ولأن الحكم يدار على دليل الحاجة) بيانه أن الأصل فى الطلاق الحظر كما قال مالك . والإباحة للحاجة بسبب العجز عن الإمساك بالمعروف عند عدم موافقة الأخلاق ، والحاجة بسبب العجز أمر مبطن فأقيم دليل الحاجة وهو الإقدام على الطلاق فى زمان تجدد الرغبة فيها وهو الطهر الخالى عن الجماع مقامه ، وكلما تكرر دليل الحاجة جعلت كأن الحاجة إلى الطلاق تكررت فأبيح تكرار الطلاق المفرق على الأطهار (وقوله ثم قيل) اختلف المشايخ فى هذا الطلاق ؛ فقال بعضهم يؤخر الإيقاع إلى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة . وهو رواية أبى يوسف عن أبى حنيفة ، واختاره بعض المشايخ ، وقال بعضهم : يطلقها كما طهرت ، لأنه لو أخر ربما يجامعها ، ومن قصده التطليق فيبتلى بالإيقاع عقيب الوقاع . قال المصنف : والأظهر أن يطلقها كما طهرت ، جعل هذا أظهر لأن محمدا قال فى الأصل : وإذا أراد أن يطلقها ثلاثا طلقها واحدة إذا طهرت من الحيض . (وطلاق البدعة أن يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو ثلاثا فى طهر واحد وهو حرام عندنا . لكنه إذا فعل وقع الطلاق وبانت منه وحرمت حرمة غليظة

(قال المصنف : احترازا عن تطويل العدة) أقول : لايقال ما ذكر موهوم لايعارض المحقق الذى هو تطويل العدة لأنه لاتطويل للعدة هنا لأنها ثلاث حيض كاملة ولم يزد عليها شىء ، بخلاف ما إذا طلقها حائضا فإن الحيض الذى وقع فيه الطلاق لايحتسب من العدة مع أنه من جنسها أو يحتسب فيكمل بالرابعة ، ولايتجزأ فيتكامل كما صرح به فى كتب الأصول ، وعلى هذا فتطويل العدة فى غاية الظهور (قال المصنف : وطلاق البدعة أن يطلقها) أقول : قال ابن الهمام : طلاق البدعة ماخالف قسمى السنة ، وذلك بأن يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو مفرقة فى طهر واحد أو ثنتين كذلك ، أو واحدة فى الحيض ، أو فى طهر قد جامعها فيه ، أو جامعها فى الحيض الذى يليه هو اه : يعنى الطهر الذى أوقع فيه الطلاق .

وكان عاصيا) وقال الشافعي رحمه الله : كل الطلاق مباح

الحيض لأنه بدعة محرمة ، وقال صلى الله عليه وسلم «من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد» وفي أمره صلى الله عليه وسلم ابن عمر أن يراجعها حين طلقها وهي حائض دليل على بطلان قولهم في الحيض . وأما بطلانه في الثلاث فينتظمه ما سيأتي من دفع كلام الإمامية . وقال قوم : يقع به واحدة . وهو مروى عن ابن عباس رضى الله عنهما ، وبه قال ابن إسحاق . ونقل عن طاوس وعكرمة أنهم يقولون خالف السنة فيرد إلى السنة . وفي الصحيحين أن أبا الصهباء قال لابن عباس : ألم تعلم أن الثلاث كانت تجعل واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدرا من إمارة عمر ؟ قال نعم . وفي رواية لمسلم أن ابن عباس قال : كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة . فقال عمر : إن الناس قد استعجلوا في أمر كان لهم فيه أناة ، فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم . وروى أبو داود عن ابن عباس قال : إذا قال أنت طالق ثلاثا بمرة واحدة فهي واحدة . وروى ابن إسحاق عن عكرمة عن ابن عباس مثل ذلك . وقال الإمام أحمد : حدثنا سعيد بن إبراهيم قال : أنبأنا أبي عن محمد بن إسحاق قال : حدثني داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهما قال « طلق ركانة بن عبد يزيد زوجته ثلاثا في مجلس واحد . فحزن عليها حزنا شديدا . فسأله النبي صلى الله عليه وسلم كيف طلقتها ؟ قال : طلقتها ثلاثا في مجلس واحد . قال : إنما تلك طلقة واحدة فارتجعها » . ومنهم من قال في المدخول بها يقع ثلاثا وفي غيرها واحدة : لما في مسلم وأبي داود والنسائي أن أبا الصهباء كان كثير السؤال لابن عباس قال : أما علمت أن الرجل إذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة ؟ الحديث . قال ابن عباس : بل كان الرجل إذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدرا من إمارة عمر ، فلما رأى الناس قد تتابعوا فيها قال : أجيزوهن عليهم . هذا لفظ أبي داود . وذهب جمهور الصحابة والتابعين ومن بعدهم من أئمة المسلمين إلى أنه يقع ثلاث . ومن الأدلة في ذلك ما في مصنف ابن أبي شيبة والدارقطني في حديث ابن عمر المتقدم « قلت : يا رسول الله أرأيت لو طلقتها ثلاثا ؟ قال : إذا قد عصيت ربك وبانت منك امرأتك » وفي سنن أبي داود عن مجاهد قال : كنت عند ابن عباس فجاءه رجل فقال : إنه طلق امرأته ثلاثا . قال : فسكت حتى ظننت أنه رادها إليه ، ثم قال أيطلق أحدكم فيركب الحموقة ثم يقول يا ابن عباس يا ابن عباس ؟ فإن الله عز وجل قال ـ ومن يتق الله يجعل له مخرجا ـ عصيت ربك وبانت منك امرأتك . وفي موطأ مالك : بلغه أن رجلا قال لعبد الله ابن عباس : إني طلقت امرأتي مائة تطليقة فماذا ترى علي ؟ فقال ابن عباس : طلقت منك ثلاثا وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزوا . وفي الموطإ أيضا : بلغه أن رجلا جاء إلى ابن مسعود فقال : إني طلقت امرأتي ثماني تطليقات . فقال : ماقيل لك . فقال : قيل لي بانت منك . قال : صدقوا . هومثل مايقولون وظاهره الإجماع على هذا الجواب . وفي سنن أبي داود وموطأ مالك عن محمد بن إياس بن البكير قال : طلق رجل امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها ، ثم بدا له أن ينكحها فجاء يستفتي . فذهبت معه فسأل عبد الله بن عباس وأبا هريرة عن ذلك

وكان عاصيا . وقال الشافعي : كل طلاق مباح) يعني في حد ذاته ، وإنما قلت ذلك لئلا يرد على تعميمه الطلاق حالة

(قال المصنف : كل الطلاق مباح) أقول : من حيث أنه طلاق .

. . . .

فقالا : لانرى أن تنكحها حتى تنكح زوجا غيرك ، قال : فإنما كان طلاقى إياها واحدة ، فقال ابن عباس : إنك أرسلت من يدك ما كان لك من فضل . وهذا يعارض ماتقدم من أن غير المدخول بها إنما تطلق بالثلاث واحدة وبجميعها يعارض ما عن ابن عباس . وفى موطإ مالك مثله عن ابن عمر . وأما إمضاء عمر الثلاث عليهم فلا يمكن مع عدم مخالفة الصحابة له مع علمه بأنها كانت واحدة إلا وقد اطلعوا فى الزمان المتأخر على وجود ناسخ . هذا إن كان على ظاهره أو لعلمهم بانتهاء الحكم كذلك لعلمهم بإناطته بمعان علموا انتفاءها فى الزمن المتأخر فإنا نرى الصحابة تتابعوا على هذا الأمر ولا يمكن وجود ذلك منهم مع اشتهار كون حكم الشرع المتقرر كذلك أبدا ، فمن ذلك ما أوجدناك عن عمر وابن مسعود وابن عباس وأبى هريرة وروى أيضا عن عبدالله بن عمرو بن العاص . وأسند عبد الرزاق عن علقمة قال : جاء رجل إلى ابن مسعود فقال : إنى طلقت امرأتى تسعا وتسعين ، فقال له ابن مسعود : ثلاث تبينها وسائرهن عدوان . وروى وكيع عن الأعمش عن حبيب بن ثابت قال : جاء رجل إلى علىّ بن أبى طالب فقال : إنى طلقت امرأتى ألفا ، فقال له علىّ : بانت منك بثلاث واقسم سائرهن على نسائك . وروى وكيع أيضا عن معاوية بن أبى يحيى قال : جاء رجل إلى عثمان بن عفان فقال : طلقت امرأتى ألفا فقال بانت منك بثلاث . وأسند عبد الرزاق عن عبادة بن الصامت « أن أباه طلق امرأته ألف تطليقة ، فانطلق عبادة فسأله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : بانت بثلاث فى معصية الله تعالى ، وبقى تسعمائة وسبع وتسعون عدوانا وظلما ، إن شاء عذبه الله وإن شاء غفر له » وقول بعض الحنابلة القائلين بهذا المذهب : توفى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مائة ألف عين رأته فهل صح لكم عن هؤلاء أو عن عشر عشر عشرهم القول بلزوم الثلاث بفم واحد بل لو جهدتم لم تطيقوا نقله عن عشرين نفسا باطل ، أما أولا فإجماعهم ظاهر ، فإنه لم ينقل عن أحد منهم أنه خالف عمر رضى الله عنه حين أمضى الثلاث ، وليس يلزم فى نقل الحكم الإجماعى عن مائة ألف أن يسمى كل ليلزم فى مجلد كبير حكم واحد على أنه إجماع سكوتى . وأما ثانيا فإن العبرة فى نقل الإجماع مانقل عن المجتهدين لا العوام والمائة الألف الذين توفى عنهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لاتبلغ عدة المجتهدين الفقهاء منهم أكثر من عشرين كالخلفاء والعبادلة وزيد بن ثابت ومعاذ بن جبل وأنس وأبى هريرة رضى الله عنه وقليل والباقون يرجعون إليهم ويستفتون منهم ، وقد أثبتنا النقل عن أكثرهم صريحا بإيقاع الثلاث ولم يظهر لهم مخالف فماذا بعد الحق إلا الضلال . وعن هذا قلنا : لو حكم حاكم بأن الثلاث بفم واحد واحدة لم ينفذ حكمه لأنه لايسوغ الاجتهاد فيه فهو خلاف لا اختلاف ، والرواية عن أنس بأنها ثلاث أسندها الطحاوى وغيره . وغاية الأمر أن يصير كبيع أمهات الأولاد أجمع على نفيه ، وكن فى الزمن الأول يبعن ، وبعد ثبوت إجماع الصحابة رضى الله عنهم لاحاجة إلى الاشتغال بالجواب عن قياسهم على الوكيل بالطلاق واحدة إذا طلق ثلاثا مع ظهور الفرق بأن مخالفته لاتحتمل مخرجا عن الإبطال لمخالفته الإذن ، والمكلفون وإن كانوا أيضا إنما يتصرفون بإذن الشرع لكن إذا أجمعوا على خلاف بعض الظواهر والإجماع حجة قطعية كان مقدما بأمر الشرع على ذلك الظاهر ، قلنا : أن لانشتغل معه بتأويل ، وقد يجمع بما ذكرنا من الاطلاع على الناسخ أو العلم بانتهاء الحكم لانتهاء علته ، هذا وإن حمل الحديث على خلاف ظاهره دفعا لمعارضة إجماع الصحابة رضى الله عنهم على ما أوجدناك من النقل

الحيض وفى طهر قد جامعها فيه ، فإن الطلاق فى هذين الوقتين حرام عنده أيضا . قال فى تعليله :

لأنه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم والمشروعية لاتجامع الحظر ، بخلاف الطلاق فى حالة الحيض لأن المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق . ولنا أن الأصل فى الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذى تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية والإباحة للحاجة إلى الخلاص ، ولا حاجة إلى الجمع بين الثلاث

عنهم واحدا واحدا ، وعدم مخالف لعمر فى إمضائه وظاهر حديث ابن مسعود رضى الله عنه . فتأويله أن قول الرجل أنت طالق أنت طالق أنت طالق كان واحدة فى الزمن الأول لقصدهم التأكيد فى ذلك الزمان ، ثم صاروا يقصدون التجديد فألزمهم عمر رضى الله عنه ذلك لعلمه بقصدهم . وما قيل فى تأويله أن الثلاث التى يوقعونها الآن إنما كانت فى الزمان الأول واحدة تنبيه على تغير الزمان ومخالفة السنة فيشكل إذ لايتجه حينئذ قوله فأمضاه عمر رضى الله عنه . وأما حديث ركانة فمنكر ، والأصح مارواه أبو داود والترمذى وابن ماجه « أن ركانة طلق زوجته البتة ، فحلفه رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه ما أراد إلا واحدة ، فردها إليه فطلقها الثانية فى زمن عمر رضى الله عنه، والثالثة فى زمن عثمان رضى الله عنه » قال أبو داود : وهذا أصح . وأما المقام الثالث وهو كون الثلاثة بكلمة واحدة معصية أو لا فحكى فيه خلاف الشافعى رحمه الله استدل بالإطلاقات من نحو قوله تعالى ـ لاجناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن ـ وما روى أن عويمرا العجلانى لما لاعن امرأته وقال : كذبت عليها يارسول الله إن أمسكتها فهى طالق ثلاثا ، ولم ينكر عليه صلى الله عليه وسلم . وفى بعض روايات حديث فاطمة بنت قيس : « طلقنى زوجى ثلاثا ، فلم يجعل لى النبى صلى الله عليه وسلم نفقة ولاسكنى » وطلق عبد الرحمن ابن عوف تماضر ثلاثا فى مرضه ، وطلق الحسن بن على رضى الله عنه امرأته شهباء ثلاثا لما هنته بالخلافة بعد موت على رضى الله عنه ، ولأن الطلاق مشروع والمشروعية لاتجامع الحظر ؛ ألا ترى أنه لو طلق نساءه الأربع دفعة جاز ، فكذا الواحدة ثلاثا بطريق الأولى ، بخلاف الطلاق فى حالة الحيض لأنه يحرم للمضارة بتطويل العدة عليها لا الطلاق ، وبخلافه فى الطهر الذى جامعها فيه يحرم لتلبيس وجه العدة أهو بالأقراء أو بالوضع لاحتمال الحبل ولنا قوله تعالى ـ الطلاق مرتان ـ إلى أن قال ـ فإن طلقها ـ فلزم أن لاطلاق شرعا إلا كذلك، لأنه ليس وراء

(لأنه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم) وهو وقوع الطلاق ، وكل ماهو مشروع لايكون محظورا لأن المشروعية لاتجامع الحظر. فإن قيل : فكيف يصح العموم والطلاق فى حالة الحيض حرام ؟ أجاب بقوله (بخلاف الطلاق فى حالة الحيض لأن المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق) وكذلك يقول المحرم فيما إذا طلقها فى طهر جامعها فيه التباس أمر العدة عليها فإنه إذا طلقها فيه يلتبس أمر العدة عليها لايدرى أهى حامل فتعتد بوضع الحمل أو حائل فتعتد بالأقراء ، ثم قال : لا أعرف فى الجمع بدعة ولا فى التفريق سنة بل الكل مباح (ولنا أن الطلاق الأصل فيه الحظر لما فيه من قطع النكاح الذى تعلقت به المصالح الدينية) من تحصين الفرج عن الزنا المحرم فى جميع الأديان (والدنيوية) لما فيه من المسكن والازدواج واكتساب الولد ، وكل ما هو كذلك ينبغى أن لا يجوز وقوعه

(قال المصنف : ولنا أن الأصل فى الطلاق هو الحظر) أقول : قال الكافى : فإن قال إنه مأمور به فأنى يكون محظورا ؟ قلنا : الأمر به لاينفى الحظر ، فإن المحظور قد يرخص بصيغة الأمر حتى لايقع فى محظور فوقه كالحنث فى اليمين وقطع الصلاة إلى آخر ماذكره اهـ . قوله كالحنث فى اليمين : يعنى قول النبى صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت الذى هو خير منه ثم ليكفر عن يمينه » وقوله وقطع الصلاة : يعنى لإدراك الجماعة .

وهى فى المفرق على الأطهار ثابتة نظرا إلى دليلها ، والحاجة فى نفسها باقية فأمكن تصوير الدليل عليها ، والمشروعية فى ذاته من حيث أنه إزالة الرق لاتنافى الحظر لمعنى فى غيره وهو ماذكرناه ،

الجنس شىء ، وهذا من طرق الحصر فلا طلاق مشروع ثلاثا بمرة واحدة وكان يتبادر أن لايقع شىء كما قال الإمامية ، لكن لما علمنا أن عدم مشروعيته كذلك لمعنى فى غيره وهو تفويت معنى شرعيته سبحانه له كذلك وإمكان التدارك عند الندم، وقد يعود ضرره على نفسه وقد لا . وهذا معنى قوله والمشروعية فى ذاته لاتنافى الحظر إلى آخره على مانبين. ولنا أيضا ما قدمناه من قول ابن عباس رضى الله عنهما للذى طلق ثلاثا وجاء يسأل : عصيت ربك . وما قدمناه من مسند عبد الرزاق فى حديث عبادة بن الصامت حيث قال صلى الله عليه وسلم « بانت بثلاث فى معصية الله تعالى » وكذا ما حدث الطحاوى عن ابن مرزوق عن أبى حذيفة عن سفيان عن الأعمش عن مالك بن الحرث قال : جاء رجل إلى ابن عباس فقال : إن عمى طلق امرأته ثلاثا، فقال : إن عمك عصى الله فأثم ، وأطاع الشيطان فلم يجعل له مخرجا ، وما روى النسائى عن محمود بن لبيد قال « أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاثا جميعا فقام غضبان فقال : أيلعب بكتاب الله عز وجل وأنا بين أظهركم حتى قام رجل فقال : يارسول الله ألا أقتله » وأما ما فى بعض الشروح من نسبة الطلاق المذكور إلى محمود بن لبيد فغير معروف ، وحينئذ فيجب حمل ما روى عن بعض الصحابة من الطلاق ثلاثا أنهم قالوا ثلاثا للسنة ، وأيضا لنا ماذكر المصنف من أن الأصل فى الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع المصالح الدينية والدنيوية والأدلة السمعية التى ذكرناها ، وإنما يباح للحاجة إلى الخلاص من المفاسد التى قد تعرض فى الدين والدنيا فيعود على موضوعه بالنقض ، ولا حاجة إلى الجمع بين الثلاث بخلاف تفريقها على الأطهار فإنها ثابتة نظرا إلى دليلها ، وقد قدمنا أن الحاجة باطنة ، فأنيط الحكم بالحل على دليلها وهو الإقدام عليه فى زمن الرغبة ، فإذا طلقها فى كل طهر طلقة حكم بالحاجة إلى الثلاث كذلك فورد عليه أن دليل الحاجة إنما يعتبر عند تصور الحاجة وهى ههنا غير متصورة للعلم بارتفاعها بالطلقة الواحدة ، فأجاب بمنع انتفائها بالكلية لما قررناه فى جواب مالك من أن الحاجة قد تتحقق إلى فطام النفس على وجه يأمن ظاهرا عروض الندم ، وطريق دفعها حينئذ الثلاث مفرقة على الأطهار لا مجموعة لما وجهنا به (قوله والمشروعية فى ذاته) جواب عن قوله مشروع فلا ينافى الحظر :

فى الشرع إلا أنه أبيح للحاجة إلى الخلاص كما تقدم ولاحاجة إلى الجمع بين الثلاث . فان قيل: فكما لاحاجة إلى الجمع بين الثلاث فكذا لاحاجة إلى المفرق على الأطهار . أجاب بقوله (وهى) أى الحاجة (فى المفرق على الأطهار ثابتة نظرا إلى دليلها) وهو الإقدام على الطلاق فى زمان تجدد الرغبة وهو الطهر كما تقدم ، والحكم يدار على دليل الحاجة لكونها أمرا مبطنا . فإن قيل : دليل الحاجة إنما يقام مقام الحاجة فيما يتصور وجودها وههنا لايتصور لأن الحاجة إلى الخلاص عن عهدة النكاح فى الطهر الثانى والثالث مع ارتفاع النكاح بالأول غير متصور . أجاب بقوله (والحاجة فى نفسها باقية) يعنى لاحتمال أن تكون سيئة الأخلاق بذية اللسان فيسد على الزوج باب إمكان التدارك مع صفائه عن عروض الندم . قال فخر الإسلام : وعلى هذا يجوز أن يباح الثلاث جملة لكنها علة تعارض النص فلم تؤثر . وأظن أنه أراد بالنص قوله تعالى ـ الطلاق مرتان ـ فإنه يدل على أنه مفرق ، ويجوز أن يراد قوله عليه الصلاة والسلام لابن عمر « إن من السنة أن تستقبل الطهر استقبالا» الحديث (قوله والمشروعية فى ذاته) جواب عن قوله والمشروعية لاتجامع الحظر . ووجهه أن المشروع لذاته لايجوز أن يكون محظورا لذاته

وكذا إيقاع الثنتين فى طهر واحد بدعة لما قلنا. واختلفت الرواية فى الواحدة البائنة. قال فى الأصل : إنه أخطأ السنة لأنه لاحاجة إلى إثبات صفة زائدة فى الخلاص وهى البينونة، وفى الزيادات أنه لايكره للحاجة إلى الخلاص ناجزا (والسنة فى الطلاق من وجهين : سنة فى الوقت ، وسنة فى العدد . فالسنة فى العدد يستوى فيها المدخول بها وغير المدخول بها) وقد ذكرناها (والسنة فى الوقت تثبت فى المدخول بها خاصة ، وهو أن يطلقها فى طهر لم يجامعها فيه)

يعنى أن مشروعيته باعتبار ذاته ، فإنه فى ذاته إزالة الرق لما قدمنا من أن النكاح نوع رق فلا ينافى الحظر لغيره وهو ماذكرنا من أن فيه قطع متعلق المصالح الدينية والدنيوية فجاز إثبات مشروعيته فى ذاته مع حظره لذلك فيصح إذا وقع ويستعقب أحكامه مع استعقاب استحقاق العقاب إذا لم يكن مسوّغ للحظر الحالى كالصلاة فى الأرض المغصوبة . والوجه فى تقريره أنه مشروع من حيث هو دافع لحاجة لزوم فساد الدين والدنيا ، ولا ينافيه كونه غير مشروع من حيث إنه إضرار وكفران بلا حاجة ، وهذا أحسن من قوله مشروع فى ذاته الخ إذا تأملت لأن هذا التفصيل هو الواقع فى نفس الأمر ، وسيصرح به فى وجه قول أبى حنيفة وأبى يوسف فى طلاق الحامل حيث قال : ولهما أن الإباحة بعلة الحاجة (قوله وكذا إيقاع الثنتين فى الطهر الواحد بدعة لما قلنا) من أنه لاحاجة إلى الزيادة على الواحدة (قوله واختلفت الرواية فى الواحدة البائنة ، قال فى الأصل) يعنى أصل المبسوط وهو الكافى للحاكم أبى الفضل أخطأ السنة ، وهو ظاهر الرواية لأنه لاحاجة فى الخلاص إلى إثبات صفة البينونة ، ولأنه يسد على نفسه باب التدارك عندعدم اختيار المرأة الرجعة. وفى الزيادات : لايكره للحاجة إلى الخلاص ناجزا ، والمراد زيادات الزيادات فلا يشكل صحة إطلاق الزيادات عليها ، ومما يدل على صحة هذه أن أبا ركانة طلق امرأته البتة والواقع بها بائن ولم ينكر صلى الله عليه وسلم عليه ، والقياس على الخلع . والجواب تجويز أن يكون أبو ركانة طلق امرأته قبل الدخول أو أنه أخر الإنكار عليه لحال اقتضت تأخيره إذ ذاك ، والخلع لايكون إلا عند تحقق الحاجة وبلوغها النهاية ، ولهذا روى عن أبى حنيفة أن الخلع لايكره حالة الحيض (قوله والسنة فى الطلاق من وجهين : فى الوقت والعدد ، فالسنة فى العدد يستوى فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها) وهى أن يطلق واحدة ، فإذا طلق غير المدخول بها ثلاثا كان عاصيا ، ففى التى خلا بها أولى أن يكون معصية ، ولا يخفى أن الاستواء بينهما مطلقا متعذر ، فإن السنة من حيث العدد فى المدخول بها تثبت بقسميها أن يطلقها واحدة ليس غير وأن يلحقها بأخريين عند الطهر ، ولا يتصور ذلك فى غير المدخول بها إذ لا عدة لها ، وهذا ظاهر (قوله والسنة فى الوقت تثبت فى المدخول بها خاصة) وكأنه عمم المدخول بها فى التى

أما إذا كانت المشروعية لذاته والحظر لمعنى فى غيره كما ذكرنا من فوات مصالح الدين والدنيا فلا تنافى إذ ذاك كالبيع وقت النداء والصلاة فى الأرض المغصوبة وقد قررناه فى التقرير ، وكذا إيقاع الثنتين فى الطهر الواحد بدعة لما قلنا إنه لاحاجة إلى الجمع بين الثلاث . وقوله (واختلفت الرواية) ظاهر . قال (والسنة فى الطلاق من وجهين : أحدهما فى الوقت ، والآخر فى العدد ، فالسنة فى العدد يستوى فيها المدخول بها وغيرها وقد ذكرناها) وهى أن لايزيد على الواحدة وسمى الواحد عددا مجازا لكونه أصل العدد وهو مايكون نصف حاشيتيه (والسنة فى الوقت فى المدخول بها خاصة وهو أن يطلقها فى طهر لم يجامعها فيه) لما ذكرنا أن شرعيته باعتبار الحاجة ،

(قوله وسمى الواحد عددا مجازا لكونه أصل العدد وهو مايكون نصف حاشيتيه) أقول : قوله هو راجع إلى العدد

لأن المراعى دليل الحاجة وهو الإقدام على الطلاق فى زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالى عن الجماع ، أما زمان الحيض فزمان النفرة ، وبالجماع مرة فى الطهر تفتّر الرغبة (وغير المدخول بها يطلقها فى حالة الطهر والحيض) خلافا لزفر رحمه الله ، هو يقيسها على المدخول بها. ولنا أن الرغبة فى غير المدخول بها صادقة لاتقل بالحيض ما لم يحصل مقصوده منها ، وفى المدخول بها تتجدد بالطهر . قال (وإذا كانت المرأة لاتحيض من صغر أو كبر فأراد أن يطلقها ثلاثا للسنة طلقها واحدة ، فإذا مضى شهر طلقها

خلا بها فإنها أيضا يجب مراعاة السنة فى طلاقها ، وذلك الوقت هو الطهر الذى لاجماع فيه ولا فى الحيض الذى قبله فلزم فى التخلص من البدعة فى المدخول بها مراعاة السنتين ، فلو أخل بإحداهما لزمت المعصية ، وإنما التزمتا لأن المراعى فى تحقق إباحة الطلاق دليل الحاجة إليه وهو الإقدام على الطلاق فى زمان تجدد الرغبة ، وزمان تجددها هو الطهر الخالى عن الجماع لازمان الحيض ، ولا الطهر الذى جومعت فيه . أما زمان الحيض فلأنه زمان النفرة الطبيعية والشرعية ، وأما الطهر الذى جومعت فيه فلأن بالجماع مرة تفتّر الرغبة . وأما غير المدخول بها فالرغبة فيها متوفرة مالم يذقها ، فطلاقها فى حال الحيض يقوم دليلا على تحقق الحاجة فجاز أن يطلقها فى حال الطهر والحيض جميعا ، خلافا لزفر ، هو يقيسها على المدخول بها بجامع أنه وقت النفرة فلم يكن الطلاق فيه دليل الحاجة فلا يباح ، وفيما ذكرنا جوابه بالفرق وهو قوله الرغبة فى غير المدخول بها صادقة لاتقل بالحيض. فإن قلت : هذا تعليل فى مقابلة النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم لابن عمر « ماهكذا أمرك الله » فالجواب أن الإشارة من قوله هكذا إلى طلاقه الخاص الذى وقع منه فجاز كون تلك كانت مدخولا بها ولأنه قال فى رواية فى هذا الحديث « فتلك العدة التى أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء » والعدة ليست إلا للمدخول بها (قوله وإذا كانت المرأة لاتحيض من صغر) أى بأن لم تبلغ سن الحيض وهو تسع على المختار ، وقيل ثمان وسبع (أو كبر) بأن كانت المرأة آيسة بنت خمس وخمسين على الأظهر أو لأنهما بأن بلغت بالسن ولم ترد ما أصلا (فأراد أن يطلقها طلاق السنة طلقها واحدة فإذا مضى شهر طلقها

والمراعى دليلها (وهو الإقدام على الطلاق فى زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالى عن الجماع ، أما زمان الحيض فزمان النفرة ، وبالجماع مرة فى الطهر تفتّر الرغبة) فلم يكن فيهما دليل الحاجة ليقام مقامه ، وغير المدخول بها حيث لم ينل منها شيئا فالرغبة فيها باقية سواء كان فى حالة الحيض وفى حالة الطهر فلم يخرج طلاقها عن السنى فى أى وقت كان (خلافا لزفر فإنه يقيسها على المدخول بها) وقوله ولنا واضح. وعورض بأن ماذكرتم تعليل فى مقابلة النص ، فإن قوله عليه الصلاة والسلام لابن عمر « إنما السنة أن تستقبل الطهر » بإطلاقه يدل على أن الطلاق فى حالة الحيض ليس بسنة من غير تفرقة بين المدخول بها وغير المدخول بها ولا عبرة لخصوص السبب . وأجيب بأن الخصوص لم يثبت لخصوص السبب . بل لقوله عليه الصلاة والسلام لعمر « مره فليراجعها » (وإن كانت المرأة لاتحيض من صغر أو كبر فأراد أن يطلقها ثلاثا للسنة طلقها واحدة فإذا مضى شهر طلقها أخرى فإذا مضى شهر طلقها أخرى لأن الشهر

قوله (وأجيب بأن الخصوص لم يثبت » إلى قوله بل بقوله صلى الله عليه وسلم لعمر رضى الله عنه « مره فليراجعها ») أقول : فإن الرجعة تكون فى العدة ولا عدة على غير المدخول بها (قال المصنف : وإذا كانت المرأة لاتحيض من صغر أو كبر) أقول : قوله أو كبر : يعنى بأن كانت آيسة بنت خمس وخمسين على الأظهر ، أو لاتحيض بأن كانت حاملة (قال المصنف : فأراد أن يطلقها للسنة الخ) أقول: هذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وسيجىء بعد سطور بدليله الخاص .

أخرى ، فإذا مضى شهر طلقها أخرى) لأن الشهر فى حقها قائم مقام الحيض ، قال الله تعالى ـ واللائى يئسن من المحيض ـ إلى أن قال ـ واللائى لم يحضن ـ والإقامة فى حق الحيض خاصة حتى يقدر الاستبراء فى حقها بالشهر

أخرى . فإذا مضى شهر طلقها أخرى ؛ قال الله تعالى ـ واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن) أى لم يحضن بعد فيما مضى لأن لم تقلب معنى المضارع إلى المضى فأقام الأشهر مقام الحيض حيث نقل من الحيض إليها . وأيضا نص على أن الأشهر عدة بقوله تعالى ـ فعدتهن ثلاثة أشهر ـ والعدة فى ذوات الحيض ليس إلا الحيض لا المجموع . فلزم بالضرورة كون الأشهر بدل الحيض ورشح بالاستبراء فإنه فى ذوات الحيض بحيضة وجعل فيمن لاتحيض بشهر ؛ ويجوز كون الإقامة باعتباره مع لازمه من الطهر المضاف إلى كل حيضة . ورجح بأنه لو لم يكن كذلك اكتفى بعشرة أيام لأنها أكثر الحيض المجعول عدة . والحيض المجعول عدة هو الذى يفصل بينه وبين مثله طهر صحيح بحيث تكون عدتهما غالبا شهرا . وفرق بين قولنا هو بدل عن حيض يتخللها أطهار وقولنا بدل عن الحيض والأطهار المتخللة ، فالطهر ضرورة تحققها لامن مسماه ، وما ألزم به من أنه لو كان مقام الحيض والطهر جميعا لزم منع الطلاق فى الشهر الثانى لأنه فى الحيض حكما مدفوع بأنه مقامه فى أنه عدة فقط لافى ذاته وذات الشهر طهر ولا فى حكم آخر ، ألا يرى أن الطلاق عقيب الجماع فى طهر ذوات الأقراء حرام وفى الآيسة والصغيرة لايحرم ، فكذا الطلاق فى الشهر الثانى . وهذا

فى حقها قائم مقام الحيض لقوله تعالى ـ واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن ـ) يعنى إن أشكل عليكم حكم اعتداد هاتين الطائفتين فحكمهن هذا . وقوله (واللائى لم يحضن) مبتدأ خبره محذوف : أى واللائى لم يحضن فعدتهن ثلاثة أشهر . وقوله (والإقامة فى حق الحيض خاصة) قيل هو إشارة إلى ما اختاره بعض أصحابنا أن الشهر قائم مقام الحيض خاصة دون الحيض والطهر جميعا كما اختاره آخرون . وقال شمس الأئمة : ظن بعض أصحابنا أن الشهر فى حق التى لاتحيض بمنزلة الحيض والطهر فى حق التى تحيض وليس كذلك ، بل الشهر فى حقها بمنزلة الحيض فى حق التى تحيض حتى يتقدر به الاستبراء ويفصل به بين طلاق السنة ، وهذا لأن المعتبر فى حق ذوات الأقراء الحيض ، ولكن لايتصور تجدد الحيض إلا بتخلل الطهر ، وفى الشهور ينعدم هذا المعنى فكان الشهر قائما مقام ما هو المعتبر . وفيه بحث من وجهين : أحدهما ماذكره صاحب النهاية أن الشهر لما أقيم مقام الحيض ، فإذا أوقع الطلاق فى أى شهر كان من الأشهر الثلاثة كان موقعا للطلاق فى الحيض فكان حراما كما فى حالة الحيض . والثانى ماذكره بعض الشارحين أن الشهر لو قام مقام الحيض خاصة لما احتيج إلى إقامة ثلاثة أشهر مقام ثلاث حيض بل يكتفى بإقامة شهر واحد مقام ثلاث حيض لأن الحيض أكثره عشرة أيام ومدة ثلاث حيض تحصل فى شهر واحد لكن اللازم منتف فينتفى الملزوم . وأجيب عن الأول بأن هذه المدة طهر حقيقة ، ولكن أقيمت مقام الحيض ، وما قام مقام الشىء لايجوز أن يكون فى معناه من كل وجه وإلا كان عينه لا قائما مقامه فكان قائما مقامه فى انقضاء العدة والاستبراء خاصة ؛ ألا ترى أن الطلاق بعد الجماع فى ذوات الأقراء حرام وفى الآيسة والصغيرة ليس بحرام ، ولو كان الأشهر بدلا عن الأقراء فى جميع الأحكام لكان محرما كما فى ذوات الأقراء ، كذا ذكره شيخ الإسلام . والجواب عن الثانى أن الشرع أقام الأشهر

(قوله والثانى ماذكره بعض الشارحين) أقول : أراد الإتقانى .(قوله لكان محرما كما فى ذوات الأقراء) أقول : سواء كان مع الطهر

وهو بالحيض لا بالطهر ، ثم إن كان الطلاق فى أول الشهر تعتبر الشهور بالأهلة ، وإن كان فى وسطه فبالأيام فى حق التفريق ، وفى حق العدة كذلك عند أبى حنيفة وعندهما يكمل الأول بالأخير والمتوسطان بالأهلة وهى مسئلة الإجارات. قال (ويجوز أن يطلقها ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان)

الخلاف قليل الجدوى لا ثمرة له فى الفروع (قوله إن كان الطلاق وقع فى أول الشهر) هو أن يقع فى أول ليلة رئى فيها الهلال (تعتبر الشهور بالأهلة) اتفاقا فى التفريق والعدة (وإن كان وقع فى وسطه فبالأيام فى التفريق) أى فى تفريق الطلقات بالاتفاق فلا تطلق الثانية فى اليوم الموفى ثلاثين من الطلاق الأول بل فى الحادى والثلاثين فما بعده لأن كل شهر معتبر بثلاثين يوما ، فلو طلقها فى اليوم الموفى ثلاثين كان جامعا بين طلاقين فى شهر واحد (وفى حق العدة كذلك عند أبى حنيفة) تعتبر بالأيام ، وهو رواية عن أبى يوسف فلا تنقضى عدتها إلا بمضى تسعين يوما (وعندهما يكمل الأول بالأخير والشهران المتوسطان بالأهلة) وقوله فى الفتاوى الصغرى : تعتبر فى العدة بالأيام بالإجماع يخالف نقل الخلاف (قوله وهى مسئلة الإجارات) يعنى إذا استأجر ثلاثة أشهر فى رأس الشهر اعتبرت بالأهلة اتفاقا ناقصة كانت أو كاملة وإن استأجرها فى أثناء شهر تعتبر الأشهر الثلاثة بالأيام عنده ، وعندهما يكمل الشهر الأول بالأخير وفيما بين ذلك بالأهلة . وقيل الفتوى على قولهما لأنه أسهل وليس بشىء . ووجه بأن الأصل فى الأشهر الأهلة فلا يعدل عنه إلا لضرورة ، وهى مندفعة بتكميل الأول بالأخير . ويمكن أن يقول ذلك فى الأشهر العربية وهى المسماة بالأسماء ، وهو لم يستأجر مدة جماديين ورجب ثلاثة أشهر مثلا وليس يلزم من ذلك الأهلة ، وحينئذ فلا بد من تسعين لأنه لما لم يلزم من مسمى اللفظ الأهلة صار معناه ثلاثة أشهر من هذا اليوم فلا ينقضى هذا الشهر حتى يدخل من الآخر أيام ثم يبتدأ الآخر من حين انتهى الأول فيلزم كذلك فى الثلاثة (قوله ويجوز أن يطلقها) أى يطلق التى لا تحيض من صغر أو كبر (ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان)

مقام حيض تنقضى بها العدة ، وهى إنما تكون فى ثلاثة أشهر غالبا ، فأقيمت الأشهر مقام الحيض التى كانت توجد فيها ولم تقم الأشهر مقام مدة الحيض حتى يكتفى بشهر واحد ولم تظهر لى فائدة هذا الاختلاف . وما ذكره صاحب النهاية أن ثمرته تظهر فى حق إلزام الحجة ، فإنهم لما أجمعوا على أن فى الاستبراء يكتفى بالحيض لا غير من غير توقف إلى الطهر والشهر قائم مقامه فى حق التى لا تحيض علمنا أن الشهر قائم مقام الحيض لا غير لأن الخلف إنما يعمل فيما يعمل فيه الأصل ، واشتراط الحيض مع الطهر فى ثلاث حيض إنما كان لتحقق عدد الثلاث لا لذات الطهر على ماذكر فى المبسوط ، ولو كان لذاته لاشترط فيما لا يشترط فيه العدد من الحيض فكانوا محجوجين بما قلنا إلى هذا لفظه ليس بشىء كما ترى ، لأن إلزام الحجة على أحد المختلفين لا يكون فائدة الاختلاف ، إذ البديهة تشهد بأن غرض الإنسان من الاختلاف فى مسئلة لا يكون إلزام الحجة على الخصم . قال (ثم إن كان الطلاق فى أول الشهر) إذا كان إيقاع الطلاق فى أول الشهر تعتبر الشهور القائمة مقام الحيض بالأهلة كاملة كانت أو ناقصة ، وإن كان فى وسطه فبالأيام فى حق التفريق بين طلاقى السنة وذلك ثلاثون يوما بالاتفاق ، وفى حق العدة كذلك عند أبى حنيفة لا يحكم بانقضاء العدة إلا بتمام تسعين يوما من وقت الطلاق ، وعندهما يكمل الأول بالأخير والمتوسطان بالأهلة (وهى مسئلة الإجارات) على ما سيأتى إن شاء الله تعالى . قال (ويجوز أن يطلقها) أى الآيسة أو الصغيرة (ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان) قال شمس الأئمة الحلوانى : وكان شيخنا يقول هذا إذا كانت

كما قاله ذلك البعض أولا (قوله وماذكره صاحب النهاية ، إلى قوله : ليس بشىء) أقول : قوله وماذكره مبتدأ ، وقوله ليس بشىء خبره (قوله ويجوز أن يطلقها : أى الآيسة والصغيرة) أقول : والأظهر أن ماذكره بيان حاصل المعنى ، وإلا فالضمير راجع إلى

وقال زفر: يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض، ولأن بالجماع تفتّر الرغبة، وإنما تتجدد بزمان وهو الشهر؛ ولنا أنه لايتوهم الحبل فيها، والكراهية فى ذوات الحيض باعتباره لأن عند ذلك يشتبه وجه العدة،

وبه قالت الأئمة الثلاثة. وقال زفر: يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر. وفى المحيط قال الحلوانى: هذا فى صغيرة لايرجى حبلها، أما فيمن يرجى فالأفضل له أن يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر كما قال زفر. ولا يخفى أن قول زفر ليس هو أفضلية الفصل بل لزوم الفصل، لأن الشهر قائم مقام الحيض فى التى تحيض وفيها يجب الفصل بحيضة؛ فنى من لاتحيض يجب الفصل بما أقيم مقامه وهو الشهر، ولأن بالجماع تفتّر الرغبة وإنما تتجدد بزمان (قوله ولنا أنه لايتوهم الحبل فيها) أى فى التى لاتحيض من صغر أو كبر (والكراهة) أى كراهة الطلاق فى الطهر الذى جامع فيه فى ذوات الحيض لتوهم الحبل فيشتبه وجه العدة أنها بالحيض أو بالوضع، وهذا الوجه يقتضى فى التى لاتحيض لا لصغر ولا لكبر بل اتفق امتداد طهرها متصلا بالصغر. وفى التى لم تبلغ بعد وقد وصلت إلى سن البلوغ أن لايجوز تعقيب وطئها بطلاقها لتوهم الحبل فى كل منهما. ولما كان ظاهرا أن يقال قد علّم منع الطلاق فى الطهر الذى جامع فيه آنفا بفتور الرغبة فلم يقع الطلاق دليل الحاجة فغاية الأمر أن الطلاق فى ذلك الطهر ممنوع من وجهين: لاشتباه العدة. ولعدم المبيح وهو الطلاق مع عدم دليل الرغبة. وفى الصغيرة والآيسة إن فقد الأوّل فقد وجد الثانى فيمتنع. أجاب بقوله والرغبة الخ. وحاصله منع عدم الرغبة مطلقا بجماع هذه؛ بل انتنى سبب من أسبابها وهو لايستلزم عدمه مطلقا إلا لو لم يكن من وجه آخر وقد وجد وهو كونه وطأ غير معلق فرارا عن مؤن الولد فكان الزمان زمان رغبة فى الوطء وصار كزمان الحبل. وعلى هذا التقرير لامعنى للسؤال القائل لما تعارضت جهة الرغبة مع جهة الفتور تساقطتا فبقى الأصل وهو حظر الطلاق؛ وتكلف جوابه لأن حاصل الوجه أن للرغبة سببين: عدم الوطء مدة تتجدد الرغبة عند آخرها عادة، وكون الوطء غير معلق، فعدم المدة فقط بالوطء القريب عدم أحد السببين مع قيام الآخر وذلك لايوجب عدم الرغبة. هذا ثم يمكن أن يقال: ينبغى أن يقتصر فى الجواب على منع عدم الرغبة ويترك جميع ماقيل من التعليل بعد توهم الحبل وادعاء أن الكراهة فى ذوات الحيض باعتباره فإنه تعليل بما لا أثر له لأنها عقيب الطلاق متربصة على كل حال إلى أن ترى

صغيرة لايرجى منها الحيض والحبل. وأما إذا كانت صغيرة يرجى منها الحيض والحبل فالأفضل أن يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر، ولا منافاة بينه وبين قول المصنف لأن الأفضلية لاتنافى الجواز (وقال زفر: يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض) فيمن لاتحيض. وفيها يفصل بين طلاقها ووطئها بحيضة فكذا ههنا بشهر. ولأن الرغبة تعتبر بالجماع فكانت بمنزلة ذوات الأقراء إذا جومعت فى الطهر وإنما تتجدد الرغبة بزمان فلا بد منه وهو الشهر (ولنا أنه لايتوهم الحبل فيها) أى فى التى نحن فيها من الآيسة أو الصغيرة (والكراهية) أى كراهية الطلاق بعد الجماع (فى ذوات الحيض كانت باعتبار الحبل لأن عند ذلك يشتبه وجه العدة) فلا يدرى أن انقضاءها يكون بوضع

من لاتحيض لصغر أو كبر (قال المصنف: ولنا أنه لايتوهم الحبل فيها الخ) أقول: قد سبق فى باب المهر أنه تجب العدة فى الخلوة صحيحة كانت أو فاسدة فى التى لاتحيض أولا لتوهم الشغل (قال المصنف: لأن عند ذلك يشتبه وجه العدة) أقول: قال ابن الهمام: هذا تعليل بما لاأثر له لأنها عقيب الطلاق متربصة على كل حال إلى أن ترى الدم ثلاث مرات أو لاتراه فتستمر فى العدة إلى أن يظهر حملها وتضع أو يظهر أنه امتد طهرها فتصبر إلى أمر الله، فهذا الحال لايختلف بوطئها فى الطهر الذى فيه الطلاق وعدم وطئها اهـ. وسنح هذا الخاطر الفاتر قبل النظر إلى هذا المقام من الشرح، ثم قال الشارح: والحق أن كراهة الطلاق عقيب الجماع فى ذات الحيض لعروض الندم بظهور الحبل لمكان الولد

والرغبة وإن كانت تفتر من الوجه الذى ذكر لكن تكثر من وجه آخر لأنه يرغب فى وطء غير معلق فرارا عن مؤن الولد فكان الزمان زمان رغبة وصار كزمان الحبل (وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع) لأنه لايؤدى إلى اشتباه وجه العدة ، وزمان الحبل زمان الرغبة فى الوطء لكونه غير معلق أو يرغب فيها لمكان ولده منها فلا تقل الرغبة بالجماع (ويطلقها للسنة ثلاثا يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وقال محمد وزفر (لايطلقها للسنة إلا واحدة)

الدم ثلاث مرات أو لاتراه فتستمر فى العدة إلى أن يظهر حملها وتضع أو يظهر أنه امتد طهرها بأن لم يظهر حملها فتصبر لأمر الله ، فهذا الحال لايختلف بوطئها فى الطهر الذى فيه الطلاق وعدم وطئها فيه ، فظهر أن التعليل باشتباه وجه العدة لا أثر له ، إذ لم يبق فرق بين اعتدادها إذا جومعت فى الطهر وعدمه إلا بتجويز أنها حملت أولا وهذا لايختلف معه الحال التى ذكرنا من اعتدادها . لايقال : إنه على أصل الشافعى من أن الحامل تحيض يصح التعليل به لأنها بعد الانفصال من الوطء يجوز الحبل وإن رأت الدم فلا يجزم بعدم رؤيته ثلاثا إلا إذا مضت مدة يظهر فى مثلها الحبل ولم يظهر بل وعلى أصلنا لأنا لانمنع من رؤية الحامل الدم ، بل نقول : إن ماتراه فهو استحاضة ، فمع تجويز الحبل لا يتيقن بأن ما رأته حيض أو استحاضة وهى حامل إلى أن تذهب مدة لو كانت حاملا فيها لظهر الحبل . لأنا نقول : هذا بعينه جار فيما لو وطئت فى الطهر الذى يليه طهر الطلاق ، فلو اعتبر مانعا منع الوطء فيه أيضا خصوصا فى آخره . والحق أن كراهة الطلاق عقيب الجماع فى ذات الحيض لعروض الندم بظهور الحبل لمكان الولد وشتات حاله وحال أمه (قوله وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع لأنه لايؤدى إلى اشتباه وجه العدة) إن اعتبر حاظرا ، ولأنه زمان الرغبة فى الوطء لكونه غير معلق لأنه اتفق أنها قد حبلت أحبه أو سخطه فبقى آمنا من غيره فيرغب فيه لذلك ، أو لمكان ولده منها لأنه يتقوى به الولد فيقصد به نفعه فظهر أنه لاحاجة إلى قوله فيها بل الرغبة فى الوطء لكل من الأمرين (قوله ويطلقها ثلاثا للسنة يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند أبى حنيفة رحمه الله وأبى يوسف رحمه الله . وقال محمد وزفر رحمهما الله : لايطلقها للسنة إلا واحدة)

الحمل أو بانقضاء المدة (قوله والرغبة وإن كانت تفتر من الوجه الذى ذكر) جواب قول زفر أن الرغبة بالجماع تفتر وهو ظاهر . واعترض بأن جهة الرغبة والفتور لما تعارضتا تساقطتا بالمعارضة فرجعنا إلى الأصل وهو أن الأصل فى الطلاق الحظر لما مر فيحرم عدم الفصل بين وطئها وطلاقها ، وهو فاسد لأن الأصل لامدخل له فى إيجاب الفصل بين الوطء والطلاق لذاته ، وإنما تأثيره أن لايقع الطلاق أصلا أو لايتكرر كما تقدم . وإنما المدخل فى ذلك لدليل الحاجة وهو الإقدام على الطلاق فى زمان تجدد الرغبة ، وقد سقطت جهة الرغبة بالمعارضة فينتفى الحكم الشرعى الدائر على الدليل وهو الفصل (قوله وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع) واضح .

وشتات حاله وحال أمه (قوله وإنما تأثيره أن لايقع الطلاق الخ) أقول : مستعينا بالله تعالى : تأثير ذلك الأصل أن لايقع الطلاق إلا حيث يوجد دليل الحاجة إليه ، فلما انتفى الدليل عقيب الوطء لم يجز الطلاق فيه فلا بد من زمان يتحقق فيه ذلك وهو الشهر ، والأولى أن يحمل قوله والرغبة وإن كانت تفتر الخ على منع وجود الرغبة فيه ، فإنها وإن انتفت من الجهة التى ذكرها فقد وجدت من جهة أخرى فليتأمل (قوله وقد سقطت جهة الرغبة الخ) أقول : إذا سقطت جهة الرغبة وإباحة الطلاق كان الإقدام عليه فى زمان تجددها لايباح الطلاق فيه وهو معنى وجوب الفصل .

لأن الأصل فى الطلاق الحظر ، وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة ، والشهر فى حق الحامل ليس من فصولها فصار كالممتد طهرها . ولهما أن الإباحة بعلة الحاجة والشهر دليلها كما فى حق الآيسة والصغيرة ، وهذا لأنه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح علما ودليلا ، بخلاف الممتد طهرها لأن العلم فى حقها إنما

وقال بلغنا ذلك عن ابن مسعود وجابر بن عبد الله والحسن البصرى (ولأن الأصل فى الطلاق الحظر ، وقد ورد الشرع بإحلال الثلاث مفرقا على فصول العدة فى ذوات الحيض) وورد بإقامة الأشهر مقام الحيض فى الصغيرة أو الآيسة فصح الإلحاق فى تفريقها على الأشهر (والشهر فى حق الحامل ليس من فصول عدتها فصارت الحامل كالممتد طهرها) وفيها لايفرق الطلاق على الأشهر فكذا الحامل ، وقول محمد رحمه الله قول الأئمة الثلاثة (ولهما أن الإباحة بعلة الحاجة) وقدمنا أنها لاتنتفى مطلقا بالطلقة الواحدة فشرع لدفعها على وجه لايعقب الندم والتفريق على أوقات الرغبة وهى الأطهار التى تلى الحيض ليكون كل طلاق دليل قيامها ولا دخل لكونها من فصول العدة لو كانت فصولا فكيف وفصولها ليس إلا الحيض لأنها العدة لا الأطهار عندنا : فكونها فصلا من فصول العدة ليس جزء المؤثر بل المؤثر دليل الحاجة وشرط دلالته كونه فى زمان تجدد الرغبة والتجدد بعد الفتور لايكون عادة إلا بعد زمان ، وحين رأينا الشرع فرقها على الأطهار وجعل الإيقاع أول كل طهر جائزا علمنا أنه حكم بتجدد الرغبة عند تحقق قدر ماقبله من الزمان إلى مثله من أول طهر يليه وذلك فى الغالب شهر ، فأدرنا الإباحة على الشهر ، وعلى هذا فالتفريق على الأشهر فى الآيسة والصغيرة ليس لكونها فصولا لإقامتها مقام العدة بل لما ذكرنا فالإثبات فيهما أيضا بالقياس لا بالنص ودلالته ، بخلاف ما قاس عليه من ممتدة الطهر لأنها محل النص على تعلق

وقوله (وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة) يعنى قوله تعالى ـ فطلقوهن لعدتهن ـ قال ابن عباس: أى لأطهار عدتهن ، فى ذوات الأقراء فرق على الأطهار ، وفى حق الآيسة والصغيرة على الأشهر لأنها فى حقهن كالأقراء فى حق ذوات الحيض ، والشهر فى حق الحامل ليس من فصول العدة لأن مدة الحمل وإن طالت فهو طهر واحد حقيقة وحكما ؛ ألا ترى أن انقضاء العدة لايتعلق بها فصار كالممتد طهرها فإن طهرها وإن امتد شهورا فهو فصل واحد لاتفرق التطليقات فيه . ولهما أن إباحة الطلاق للحاجة لما تقدم أن الأصل فيه الحظر ، وإنما أبيح عند الحاجة إلى الخلاص عند العجز عن التقصى عن حقوق الزوجية ، والشهر دليل الحاجة كما فى حق الآيسة والصغيرة ، وهذا أى كون الشهر دليلا فى حق الحامل كما فى حق الآيسة والصغيرة لأنه زمان تجدد الرغبة على ماعليه الجبلة السليمة فصلح أن يكون علما ودليلا على وجود الحاجة (والحكم يدار على دليلها) فإذا وجد وجد ما أبيح لأجله الطلاق فيكون مباحا . وقوله (بخلاف الممتد طهرها) جواب عن قياس قول محمد بالفرق بأن هناك لايصلح الشهر أن يكون علما لأن العلم على الحاجة فى حقها الطهر : أى تجدده وهو موجود فيها فى كل زمان

(قوله وقوله وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة : يعنى قوله تعالى ـ فطلقوهن لعدتهن ـ قال ابن عباس : أى لأطهار عدتهن ، فى ذوات الأقراء فرق على الأطهار وفى حق الآيسة والصغيرة على الأشهر لأنها فى حقهن كالأقراء فى حق ذوات الحيض) أقول : قال ابن العميد الإتقانى : والأصح عندى مذهب محمد لأن الله تعالى أوجب تفريق الطلاق على فصول العدة فى قوله تعالى ـ فطلقوهن لعدتهن ـ وهنا فى مدة الحبل لايعتبر الشهر فصلا من فصول العدة فلا يفرق الطلاق على الأشهر ، فلهذا يقدر استبراء الحبل بوضع الحمل لابالشهر اهـ (قال المصنف ولهما أن الإباحة بعلة الحاجة والشهر دليلها) أقول : لايقال هذا يخالف لما مر فى الدرس السابق من أن دليلها هو الإقدام عليه فى زمان تجدد الرغبة لأن الظاهر أن الإسناد مجازى .

هو الطهر وهو مرجوّ فيها فى كل زمان ولايرجى مع الحبل (وإذا طلق الرجل امرأته فى حالة الحيض وقع الطلاق) لأن النهى عنه لمعنى فى غيره وهو ماذكرناه فلا ينعدم مشروعيته (ويستحب له أن يراجعها) لقوله

جواز الإيقاع بالطهر الحاصل عقيب الحيض وهو مرجوّ فى حقها كل لحظة ولا يرجى فى الحامل ذلك ، وعلى هذا التقرير سقط ما رجح به شارح قول محمد رحمه الله من أنه تعالى أوجب التفريق على فصول العدّة بقوله سبحانه وتعالى ـ فطلقوهن لعدتّهن ـ لما بيناه من إلغاء كونه فصلا من فصول العدة بالنسبة إلى الحكم ، على أنا نمنع دلالة الآية على التفريق أصلا بل على استقبال العدة بالطلاق ، والعدة مجموع الأقراء ، وإنما يفيد تفريقه قوله صلى الله عليه وسلم فى حديث ابن عمر رضىَ الله عنه المتقدم « إن من السنة أن تستقبل الطهر فتطلقها لكل قرء » وأريد بالقرء الطهر ، وقد جاء عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضوان الله عليهم فى تفسير الآية أن يطلقها طاهرة من غير جماع ، وهذا لأن لزوم التفريق طريقه أن مفهوم ـ طلقوهن ـ : أوجدوا طلاقهن لعدتّهن ، فيستلزم عمومين : عموم طلاقهن لأنه جنس مضاف ، وكذا عدتّهن ، فقد أحل جميع طلاقهن وهو ثلاث بجميع عدتّهن ، وجميعه بفم واحد حرام ، فكان المراد تفريقه على الأطهار أو ما يقوم مقام مايستلزمها ، وهذا غير لازم لأن الفعل إنما يدل على المصدر النكرة ، فالمعنى : أوجدوا طلاقا عليهن لعدتّهن : أى لاستقبالها . وأيضا فلفظ فصول العدة غير مذكور فى النصوص إنما سماها بذلك الفقهاء ، ولا يعقل من معناه سوى أنه جزء من أجزائها له نسبة خاصة إليها اتفق أنه ثلثها اتفاقا ، وكل شهر من شهور الحامل جزء من أجزاء عدتّها كذلك وإن لم يتفق أن نسبته بالثلث ، وعلى هذا يقوى بحث شمس الأئمة أن الشهر من فصول عدة الحامل غير أنا لانعلق به إباحة الإيقاع من حيث هو فصل وجزء بل من حيث هو زمان يتجدد فيه الرغبة عند مسبوقيته بذلك القدر من الزمان (قوله وإذا طلق الرجل امرأته فى حالة الحيض وقع الطلاق) خلافا لمن قدمنا النقل عنهم من الإمامية ، ونقل أيضا عن إسماعيل بن علية من المحدثين ، وهذا (لأن النهى عنه لمعنى فى غيره) يعنى أن النهى الثابت ضمن الأمر : أى قوله تعالى ـ فطلقوهن لعدتّهن ـ وهو المراد بالأمر فى قوله صلى الله عليه وسلم « ماهكذا أمرك الله » وقوله وهو ماذكرنا : أى من تحريم تطويل العدة ثم هو بهذا الإيقاع عاص بإجماع الفقهاء (ويستحب له أن يراجعها لقوله

لأنه يمكن أن تحيض فتطهر . ، ولا يرجى تجدد الطهر مع الحمل لأن الحامل لاتحيض قال (وإذا طلق الرجل امرأته فى حالة الحيض وقع الطلاق ويستحب له أن يراجعها) أما الوقوع فلأن النهى عنه لمعنى فى غيره وهو ماذكرنا : يعنى من قوله لأن المحرّم تطويل العدة فإن الحيضة التى يقع فيها الطلاق لاتكون محسوبة منها فتطول العدة عليها . نقل صاحب النهاية عن شيخه أن المراد بالنهى ههنا هو النهى المستفاد من ضد الأمر المذكور فى قوله تعالى ـ فطلقوهن لعدتّهن ـ أى لأطهار عدتّهن أو الأمر المذكور فى قوله عليه الصلاة والسلام لعمر « مر ابنك فليراجعها» لما أنه كان مأمورا برفع الطلاق الواقع فى حال الحيض لأجل الحيض كان منهيا عن إيقاعه فى حالة الحيض . وقال بعض الشارحين : المراد بالنهى قوله تعالى ـ ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ـ والنهى إذا كان لمعنى فى غيره لايمنع المشروعية كما عرف فى الأصول . وأما الاستحباب فلقوله عليه الصلاة والسلام لعمر « مر ابنك فليراجعها »

(قوله وهو ماذكرنا يعنى من قوله لأن المحرم تطويل العدة) أقول : ولعل الأولى أن يقال : يعنى من كونه زمان النفرة فإن المصنف علل به علم جوازه فى زمان الحيض كما مر قبل أسطر (قوله وقال بعض الشارحين : المراد بالنهى الخ) أقول : يعنى تاج الشريعة .

عليه الصلاة والسلام لعمر « مر ابنك فليراجعها » وقد طلقها فى حالة الحيض . وهذا يفيد الوقوع والحث على الرجعة ثم الاستحباب قول بعض المشايخ . والأصح أنه واجب عملا بحقيقة الأمر ورفعا للمعصية بالقدر الممكن برفع أثره وهو العدة ودفعا لضرر تطويل العدة . قال (فإذا طهرت وحاضت ثم طهرت ، فإن شاء طلقها وإن شاء أمسكها . قال : وهكذا ذكر فى الأصل . وذكر الطحاوى أنه يطلقها فى الطهر الذى

صلى الله عليه وسلم لعمر فى حديث ابن عمر فى الصحيحين « مر ابنك فليراجعها » حين طلقها فى حالة الحيض ، وهذا يفيد الوقوع) فيندفع به قول نافى الوقوع (والحث على الرجعة والاستحباب المذكور إنما هو قول بعض المشايخ) وكأنه عن قول محمد رحمه الله فى الأصل ، وينبغى له أن يراجعها فإنه لايستعمل فى الوجوب (والأصح أنه واجب) كما ذكر المصنف (عملا بحقيقة الأمر) فإن حقيقته أوجد الصيغة الطالبة على وجه الحتم . واعلم أن قول الشافعية إن لفظ الأمر الذى مادته أمر مشترك بين الصيغة النادبة والموجبة حتى يصدق الندب مأمور به حقيقة ، فعلى هذا لايلزم الوجوب إذ لايلزم من قوله مر أوجد الصيغة الطالبة مجردة من القرائن بل يحتمل ذلك وغيره ، فإذا لم يتعين يثبت كونه مطلوبا فى الجملة وهو لايستلزم الوجوب . ولذا قال الشافعى رحمه الله وكذا أحمد رحمه الله بالاستحباب . وأما عندنا فسمى الأمر الصيغة الموجبة . كما أن الصيغة حقيقة فى الوجوب فيلزم الوجوب منها وإن كانت صادرة عن عمر رضى الله عنه لا النبى صلى الله عليه وسلم لأنه نائب عنه فيها فهو كالمبلغ للصيغة ، فاشتمل قوله « مر ابنك » على وجوبين : صريح وهو الوجوب على عمر رضى الله عنه أن يأمر . وضمنى وهو مايتعلق بابنه عند توجيه الصيغة إليه . والقائلون بالاستحباب ههنا إنما بنوه على أن المعصية وقعت فتعذر ارتفاعها فبقى مجرد التشبيه بعدم مباشرتها . والجواب أن ذلك لايصلح صارفا للصيغة عن الوجوب لجواز إيجاب رفع أثرها وهو العدة وتطويلها . إذ بقاء الأمر بقاء ماهو أثره من وجه فلا تترك الحقيقة . قيل عليه ماحاصله أن هذا يصلح بحثا يوجب الوجوب ، لكن لايفيد أن ماذكر القدورى من الاستحباب قول بعض المشايخ مع أن محمدا فى الأصل إنما قال لفظا يدل على الاستحباب ، ومرجع هذا الكلام إلى إنكار نقل الوجوب عن المشايخ صريحا بل ذلك بحث ، فإذا تحقق النقل اندفع . وقوله والأصح كذا فى عادة المصنفين نقل المرجح فى المذهب لاترجيح مذهب آخر خارج عن المذهب . وتذكير ضمير أثره مع أنه للمعصية إما لتأويلها بالعصيان أو هو للطلاق فى الحيض (قوله وإذا طهرت وحاضت ثم طهرت فإن شاء طلقها وإن شاء أمسكها) هذا لفظ القدورى . وهكذا

وقد كان طلقها فى حالة الحيض (وهذا) الحديث (يفيد الوقوع) باقتضائه (والحث على الرجعة) بعبارته . قال المصنف (ثم الاستحباب قول بعض المشايخ) ووجهه أن أدنى الأمر الاستحباب فيصرف إليه بقرينة أن الرجعة حق له ولا وجوب على الإنسان فيما هو حقه (والأصح أنه واجب عملا بحقيقة الأمر) قيل الأمر لعمر وحقيقة الوجوب على عمر أن يأمر ابنه بذلك ، ولا دلالة فى ذلك على الوجوب على ابنه . وأجيب بأن فعل النائب كفعل المنوب فصار كأن النبى صلى الله عليه وسلم أمره بذلك فثبت الوجوب ، ويجوز أن يقال فليراجعها أمر لابن عمر فتجب عليه المراجعة . وقوله (ورفعا للمعصية) معطوف على قوله عملا ، وذلك لأن رفع المعصية واجب ، ورفعها بعد وقوعها إنما هو برفع أثره : أى أثر الطلاق الذى هو معصية وهو العدة ودفعا لضرر تطويل العدة برفعها بالمراجعة . وقوله (قال) يعنى القدورى (فإذا طهرت) يعنى بعد المراجعة (وحاضت ثم طهرت . فإن شاء طلقها ، وإن شاء أمسكها) قال المصنف (وهكذا ذكر فى الأصل ، وذكر الطحاوى أنه يطلقها فى الطهر الذى

(قوله بقرينة أن الرجعة حق له) أقول : بل حق لله تعالى ، فإن الرجوع عن المعصية مما أوجبه الله تعالى على عباده .

يلي الحيضة الأولى . قال أبو الحسن) الكرخي(ماذكره قول أبي حنيفة ، وما ذكر في الأصل قولهما) ووجه المذكور في الأصل أن السنة أن يفصل بين كل طلاقين بحيضة والفاصل ههنا بعض الحيضة فتكمل بالثانية ولا تتجزأ فتتكامل . وجه القول الآخر أن أثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة فصار كأنه لم يطلقها في الحيض فيسن تطليقها في الطهر الذي يليه

ذكر في الأصل . ولفظ محمد فيه : فإذا طهرت في حيضة أخرى راجعها . وذكر الطحاوي أن له أن يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة التي طلقها وراجعها فيها . وقال الشيخ أبو الحسن الكرخي : ماذكره الطحاوى قول أبي حنيفة ، وما ذكره في الأصل قولهما ، والظاهر أن ما في الأصل قول الكل لأنه موضوع لإثبات مذهب أبي حنيفة إلا أن يحكي الخلاف ولم يحك خلافا فيه ، فلذا قال في الكافي : إنه ظاهر الرواية عن أبي حنيفة ، وبه قال الشافعي في المشهور ومالك وأحمد ، وما ذكر الطحاوى رواية عن أبي حنيفة وهو وجه للشافعية (وجه المذكور في الأصل) وهو ظاهر المذهب . لأبي حنيفة من السنة مافي الصحيحين من قوله صلى الله عليه وسلم لعمر « مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر ، فإن بدا له أن يطلقها فيطلقها قبل أن يمسها فتلك العدة كما أمر الله عز وجل » وفي لفظ « حتى تحيض حيضة مستقبلة سوى حيضتها التي طلقها فيها » ووجه ماذكر الطحاوى رواية سالم في حديث ابن عمر « مره فليراجعها ثم ليطلقها طاهرا أو حاملا » رواه مسلم وأصحاب السنن . والأولى أولى لأنها أكثر تفسيرا بالنسبة إلى هذه الرواية وأقوى صحة . وظهر من لفظ الحديث حيث قال « يمسكها حتى تطهر » أن استحباب الرجعة أو إيجابها مقيد بذلك الحيض الذي أوقع فيه وهو المفهوم من كلام الأصحاب إذا تؤمل ، فعلى هذا إذا لم يفعل حتى طهرت تقررت المعصية . وأما الوجه من جهة المعنى فوجه الظاهر المذكور في الأصل أن السنة أن يفصل بين كل تطليقتين بحيضة والفاصل هنا بعض الحيضة فتكمل بالحيضة الثانية ولا تتجزأ : أي ليس لجزئها على حدته حكم في الشرع ، والأولى أن يقول : ولا يمكن أن يكون بعض حيضتين حيضة فوجب تكاملها ، إذ لايتصور حيضة إلا الثانية فلغا بعض الأولى . ووجه ماذكره الطحاوى أن أثر الطلاق انعدم بالمراجعة فصار كأنه لم يطلقها في هذه الحيضة فيسن تطليقها في الطهر الذي يليها ، و على هذه الرواية يتفرع ما عن أبي حنيفة أنه إذا طلقها في طهر لم يجامعها فيه ثم راجعها لايكره أن يطلقها الثانية في ذلك ، ولو راجعها بعد الثانية لايكره إيقاع الثالثة ، وعلى هذا فرع مالو أخذ يدها بشهوة ثم قال لها أنت طالق ثلاثا للسنة تقع الثلاث للسنة في الحال متتابعة لأنه يصير مراجعا بالمس بشهوة فيكون الوقت وقت طلاق السنة فيقع الثاني ، وكذا الثالث ، وعلى ظاهر الرواية وهو قولهما لايقع إلا الأولى ثم في أول كل طهر بعد حيضة تقع أخرى ، فما ذكر في المنظومة ومجمع البحرين من نسبة ذلك إلى أبي حنيفة إنما هو على رواية الطحاوى لاعلى ظاهر مذهبه . هذا إذا وقعت الرجعة

يلي الحيضة) ووفق الكرخي بين الروايتين فقال : ماذكره الطحاوى قول أبي حنيفة ، وما ذكره في الأصل قولهما والمصنف ذكر وجه كل منهما ولم يرجع إلى الحديث المروى في الباب لأن كل واحدة من الروايتين مروية في الحديث . روى البخارى مسندا إلى نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعمر « مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ، ثم إن شاء أمسك بعد ، وإن شاء طلق قبل أن يمس » وهذا يدل على رواية الأصل . وروى الترمذى في جامعه مسندا إلى سالم عن ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام قال لعمر « مره فليراجعها ثم ليطلقها إذا طهرت » وهذا يدل على رواية الطحاوى ، وإذا تعارضت الروايتان ذهب المصنف إلى

(ومن قال لامرأته وهى من ذوات الحيض وقد دخل بها أنت طالق ثلاثا للسنة ولا نية له فهى طالق عند كل طهر تطليقة) لأن اللام فيه للوقت ووقت السنة طهر لاجماع فيه (وإن نوى أن تقع الثلاث الساعة أو عند رأس كل شهر واحدة فهو على ما نوى) سواء كانت فى حالة الحيض أو فى حالة الطهر . وقال زفر : لاتصح نية الجمع

بالقول أو بالمس ، أما إذا وقعت بالجماع ولم تحبل فليس له أن يطلقها أخرى فى هذا الطهر بالإجماع لأنه طهر جامعها فيه وإن حبلت ، فعند أبى يوسف ليس له أن يطلقها أخرى حتى يمضى من وقت الطلاق شهر ، وعند أبى حنيفة ومحمد وزفر له أن يطلقها لأن العدة الأولى سقطت والطلاق عقيب الجماع فى الطهر إنما لايحل لاشتباه أمر العدة عليها وذلك لايوجد إذا حبلت وظهر الحبل . هذا فى تخلل الرجعة . فأما لو تخلل النكاح بأن كان الأول بائنا ؛ فقيل لايكره الطلاق الثانى اتفاقا ، وقيل فى تخلل الرجعة ليس له أن يطلقها اتفاقا . والأوجه أنه على اختلاف الرواية عنه (قوله ومن قال لامرأته وهى من ذوات الحيض وقد دخل بها أنت طالق ثلاثا للسنة ولا نية له فهى طالق عند كل طهر تطليقة) فإن نوى ذلك فأظهر ثم إن لم يكن جامعها فى هذا الطهر وقعت واحدة للحال ثم عند كل طهر أخرى ، وإن كان جامعها لم يقع شىء حتى تحيض وتطهر . وعند الشافعى يقع الثلاث للحال لأنه لابدعة عنده ولا سنة فى العدد ، ولو كانت من ذوات الأشهر يأتى ، ولو كانت غير مدخول بها وقع عليها واحدة فى الحال وإن كانت حائضا ، ثم لايقع شىء إلا أن يتزوجها مرة أخرى فتقع الثانية ، فإن تزوجها أيضا وقعت الثالثة . ووجه المسئلة على ماهو التحقيق أن اللام للاختصاص ، فالمعنى الطلاق المختص بالسنة والسنة

بيان وجههما بالمعانى الفقهية وهو ظاهر (قوله ومن قال لامرأته) اعلم أن من قال لمدخول بها أنت طالق ثلاثا للسنة ، فإما أن تكون من ذوات الأقراء أو الأشهر ، وكل واحد منهما على وجهين : إما أن يذكر ذلك ولا نية له ، أو نوى شيئا ، فإن كانت من ذوات الأقراء ولا نية له فهى طالق عند كل طهر تطليقة ، وإن نوى الثلاث الساعة أو عند رأس كل شهر واحدة فهو على مانوى ، سواء كانت تلك الساعة حالة الحيض أو حالة الطهر ، وكذا رأس كل شهر . وقال زفر : لاتصح نية الجمع لأنه بدعة وهى ضد السنة وضد الشىء لايراد به . ولنا أن اللام فيه : أى فى قوله للسنة للوقت والسنة تكون تارة كاملة إيقاعا ووقوعا وتارة وقوعا فقط فكان كل منهما محتملا ، فإذا لم يكن له نية كان مطلقا ، والمطلق ينصرف إلى الكامل وهو السنة إيقاعا ووقوعا فيقع عند كل طهر لاجماع فيه تطليقة ، وإذا نوى صرف لفظه إلى السنة وقوعا لأن وقوع الثلاث دفعة أو فى حالة الحيض مذهب أهل السنة فهو سنى من هذا الوجه ، ومن حيث أنه عرف صحة وقوعه بالسنة وهو ما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال « من طلق امرأته ألفا بانت منه بثلاث والباقى رد عليه » فإن قيل : الوقوع لايتحقق إلا بالإيقاع لأنه انفعاله فإذا صح الوقوع صح الإيقاع فكان سنيا وقوعا وإيقاعا وليس كذلك . أجيب بأن الوقوع لايوصف بالحرمة لأنه

(قوله فإن كانت من ذوات الأقراء ولا نية له فهى طالق عند كل طهر) أقول : وإن نوى ذلك كان أظهر (قال المصنف : لأن اللام فيه للوقت ، ووقت السنة طهر لاجماع فيه) أقول : قال ابن الهمام : وجه المسألة على ماهو التحقيق أن اللام للاختصاص ، فالمعنى الطلاق المختص بالسنة والسنة مطلق فينصرف إلى الكامل وهو السنى عددا ووقتا ، فوجب جعل الثلاث مفرقا على الأطهار ليقع واحدة فى كل طهر . وأما تعليل المصنف فلا يستلزم الجواب ، لأن المعنى حينئذ ثلاثا لوقت السنة وهذا يوجب تقييد الطلاق بإحدى جهتى سنة الطلاق وهو السنى وقتا وحينئذ فمؤداه ثلاثا فى وقت السنة ، ويصدق بوقوعها جملة فى طهر بلا جماع ، فإنه بهذا التقرير امتنع تعميم السنة فى جهتيها بخلاف ماقررنا اهـ . ولك أن تقول : وقت السنة للطلاق الثلاث ثلاثة أطهار لاجماع فيها وذلك مآل ما قال المصنف فليتأمل (قوله فإذا صح الوقوع صح الإيقاع الخ)

لأنه بدعة وهى ضد السنة . ولنا أنه محتمل لفظه لأنه سنى وقوعا من حيث أن وقوعه بالسنة لا إيقاعا فلم يتناوله مطلق كلامه وينتظمه عند نيته (وإن كانت آيسة أو من ذوات الأشهر وقعت الساعة واحدة وبعد شهر أخرى وبعد شهر أخرى) لأن الشهر فى حقها دليل الحاجة كالطهر فى حق ذوات الأقراء على ما بينا (وإن نوى أن يقع الثلاث الساعة وقعن عندنا خلافا لزفر لما قلنا)

مطلق فينصرف إلى الكامل وهو السنى عددا ووقتا فوجب جعل الثلاث مفرقا على الأطهار لتقع واحدة فى كل طهر . وأما تعليل المصنف بكون اللام للوقت فلا يستلزم الجواب لأن المعنى حينئذ ثلاثا لوقت السنة ، وهذا يوجب تقييد الطلاق بإحدى جهتى سنة الطلاق وهو السنى وقتا ، وحينئذ فمؤداه ثلاث فى وقت السنة ، ويصدق بوقوعها جملة فى طهر بلا جماع ، فإنه بهذا التقرير امتنع تعميم السنة فى جهتيها ، بخلاف ماقررنا ، وأما لو صرفه عن هذا بنيته فأراد الثلاث فإنه يصح خلافا لزفر ، قال فإنه بدعة ضد السنة، ولا يحتمله لفظه فلا تعمل نيته فيه . قلنا : بل يحتمله لأنه سنى وقوعا : أى وقوعه بالسنة فتصح إرادته وتكون اللام للتعليل : أى لأجل السنة التى أوجبت وقوع الثلاث ، بخلاف مالو صرح بالأوقات فقال أنت طالق ثلاثا أوقات السنة حيث لاتصح فيه نية الجمع لعدم احتمال اللفظ والنية إنما تعمل مع لفظ محتمل واللام تحتمل الوقت والتعليل ، وهى فى مثله للوقت أظهر منها للتعليل فيصرف إلى التعليل بالنية وإلى الوقت عند عدمها ، بخلاف لفظ أوقات، وكذا إذا نوى أن يقع عند رأس كل شهر واحدة فهى على ما نوى، سواء كانت عند رأس الشهر حائضا أو طاهرة لأن رأس الشهر إما أن يكون زمان حيضها أو طهرها ؛ فعلى الثانى هو سنى وقوعا وإيقاعا وعلى الأول سنى وقوعا ، فنيته الثلاث ، عند رأس كل شهر مع العلم بأن رأس الشهر قد تكون حائضا فيه نية الأعم من السنى وقوعا وإيقاعا معا أو أحدهما (قوله وإن كانت) أى امرأته : أى التى قال لها أنت طالق ثلاثا للسنة (آيسة أو من ذوات الأشهر) التى هى فصول العدة عندهم فيتناول الحامل عند أبى حنيفة وأبى يوسف (وقعت للساعة واحدة وبعد كل شهر أخرى لأن الشهر فى حقها دليل الحاجة كالطهر فى حق ذوات الأقراء على مابينا) من أن الشهر فى حقها قائم مقام الحيض (قوله وإن نوى أن تقع الساعة ثلاث وقعن عندنا)خلافا لزفر (لما قلنا) من أنه سنى وقوعا فيصح منويا .

ليس فعل المكلف . ولأنه حكم شرعى وهو لايوصف بالبدعة والإيقاع يوصف بها لكونه فعل المكلف وكان الوقوع أشبه بالسنة المرضية فلهذا قال سنى وقوعا (وإن كانت آيسة أو من ذوات الأشهر) ولم تكن له نية (وقعت الساعة واحدة وبعد شهر أخرى لأن الشهر فى حقها دليل الحاجة) على مابينا قبل هذا أن الشهر فى حقها قائم مقام الحيض (وإن نوى أن يقع الثلاث الساعة وقعن عندنا خلافا لزفر لما قلنا) إنه سنى وقوعا ، وإذا قال أنت طالق للسنة ولم ينص على الثلاث ، إن كانت طاهرة لم يجامعها وقع فى الحال ، وإن كانت حائضا أو فى طهر جامعها فيه لم يقع الساعة ، فإذا حاضت وطهرت وقعت تطليقة لأن قوله أنت طالق للسنة إيقاع تطليقة مختصة

أقول : فيه بحث (قال المصنف : وينتظمه عند نيته) أقول : قال ابن الهمام : ويكون اللام للتعليل : أى لأجل السنة التى أوجبت وقوع الثلاث انتهى . وعلى تقرير الشارح أكمل الدين اللام للوقت على كل حال (قوله أجيب بأن الوقوع لايوصف بالحرمة الخ) أقول : يعنى أن قوله أنت طالق ثلاثا فيه جهتان : البدعية ، والسنية ، فإن تكلمه بهذا الكلام يقصد إيقاع الثلاث جملة بدعة وحرام ، واتصافه بكونه إيقاعا الثلاث سنى عرف بالسنة ، والوقوع به ليس فيه جهة الحرمة والبدعة فكان أشبه بالسنة المرضية (قوله لم يقع الساعة) أقول : إذا لم

بخلاف ما إذا قال أنت طالق للسنة ولم ينص على الثلاث حيث لاتصح نية الجمع فيه لأن نية الثلاث إنما صحت فيه من حيث أن اللام فيه للوقت فيفيد تعميم الوقت

ولقائل أن يقول : ينبغي أن تقع الثلاث في الحال متتابعة لأن هذه يجوز أن يطلقها عقيب جماعه فكان كل وقت في حقها وقت طلاق السنة . وما وجهتم به ذلك وهو أن الرغبة مستمرة ولو عقيب الجماع يوجب توالي الثلاث في الوقوع . كما لو مسها بشهوة وقال أنت طالق ثلاثا للسنة على ما مر عن أبي حنيفة حيث تقع الثلاث متتالية لأن وقت كل واقع منها وقت السنة وإن اختلف الوجه . وعلى هذا يجب أن لاينحصر حل طلاقها ثلاثا بطلقات متفرقة في أن يفرق بين كل تطليقتين بشهر . بل غايته أن يكون أولى . وينعطف بهذا البحث على ماتقدم أيضا (قوله بخلاف ما إذا قال أنت طالق للسنة الخ) إذا قال أنت طالق للسنة ولم يذكر ثلاثا وقعت واحدة في الحال إن كانت في طهر لم يجامعها فيه . وإن كانت قد جامعها أو حائضا لم يقع شيء حتى تطهر فتقع واحدة لأن اللام فيه للاختصاص : أي الطلاق المختص بالسنة . ولو نوى ثلاثا متفرقا على الأطهار صح لأن المعنى في أوقات طلاق السنة . ومن ضرورة وقوع الطلاق في كل وقت منها وهي متعددة تعدد الواقع فيصح . ولو نوى ثلاثا جملة اختلف فيه : فذهب المصنف وفخر الإسلام والصدر الشهيد وصاحب المختلفات إلى أنه لايصح وإنما يقع به واحدة في الحال . وذهب القاضي أبو زيد وشمس الأئمة وشيخ الإسلام إلى أنه يصح فتقع الثلاث جملة كما تقع مفرقة على الأطهار لأن للسنة يحتمل معنى التعليل فيصح وقوعها كما إذا صرح بلفظ الثلاث . وحققه بعضهم بأن التطليقة المختصة بالسنة مستحب وهو ما عرف وبدعي وكلاهما عرفا بالسنة وإن اقترن أحدهما بالنهي فأيهما نواه صح فإذا نوى البدعي صح لأنه محتمل كلامه . ومختار المصنف أوجه لأن مع نية الجملة لاتكون اللام للوقت مفيدة للعموم . وما وقع الثلاث إلا عن ضرورة تعميمها بالوقوع لأن مجرد طالق لاتصح فيه نية الثلاث على ما سيأتي إن شاء الله تعالى . فإذا فقد تعميم الأوقات لم يبق مايصلح لإيقاع الثلاث فلا تعمل نية جملتها . وقولهم المختص بالسنة مستحب وبدعي ، فأيهما نواه صح . إن أرادوا أنه إذا نوى الطلاق العام الذي هو أحد القسمين صح منعناه لأن طالقا لايراد به الثلاث أصلا بلا خلاف في المذهب على ما سيأتي لعدم احتماله إياه فلا يراد به . وإن أرادوا أنه إذا نوى فردا من الطلاق البدعي أو المستحب صح فمسلم ولا يفيد وقوع الكل . وليس ثم موجب آخر لغرض أن اللام ليست لعموم الوقت ليس غير . وأورد عليه بعض الشارحين منع أن تعميم الأوقات يستلزم تعميم الواقع للاتفاق على أنه إذا قال أنت طالق كل يوم ولا نية له لايقع الثلاث لما سيعرف من أنها بطلاق واحد تكون طالقا كل يوم . وكذا بطلاق في وقت من أوقات السنة تصير به طالقا في جميع أوقاتها المستقبلة . وهذا غير مطابق للمتنازع فيه لأن الكلام فيما إذا نوى بقوله أنت طالق للسنة تعميم أوقات السنة بالوقوع لافيما إذا لم تكن له نية . وقد ذكرنا

بالسنة المعرفة باللام وهي تلك ، وإن نوى ثلاثا جملة قال المصنف لاتصح . قيل هكذا ذكر فخر الإسلام والصدر الشهيد وصاحب المختلفات وعلاء الدين السمرقندي ، لأن نية الثلاث إن صحت فإنما تصح من حيث أن اللام فيه للوقت ، ووقت طلاق السنة متعدد فيفيد تعميم الوقت . ومن ضرورة تعميم الوقت تعميم الواقع فيه لأنه جعل الوقت ظرفا للواقع وقد تكرر الظرف فيتكرر المظروف . فإذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فيبطل تعميم

ينوذلك (قوله فيفيد تعميم الوقت) أقول : يعني إذا نوى ذلك (قوله وقد تكرر الظرف فيتكرر المظروف) أقول : فيه أن زيدا مثلا موجود اليوم واليوم الذي قبله وهكذا . فالظرف لوجوده متكرر وليس لوجوده تكرر .

ومن ضرورته تعميم الواقع فيه ، فإذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فلا تصح نية الثلاث .

أنه إذا لم تكن نية تقع واحدة وكذلك طالق كل يوم تقع به واحدة بلا نية . ولو نوى فيه تجدد الواقع فى الأيام عملت نيته فيقع الثلاث فى ثلاثة أيام . نعم هذا يصلح إشكالا على صحة وقوع الثلاث مفرقا على الأطهار فى هذه المسئلة ومفرقا على الأيام فى المسئلة الموردة بناء على ما ذكرنا من أن طالقا لايقبل التعميم ، وللسنة على ما قرر المصنف لوقتها فيفيد تعميم الوقت ، لكن تعميمه لايستلزم تعميم الواقع فى العدد بل انسحاب حكم طلقة واحدة يوجب أنها طالق فى جميع أوقات السنة المستقبلة وفى كل الأيام فلم يوجب تعميم طالق فى عدد الطلاق ولا يحتمله فلا يحتمل حينئذ التعميم فلا تصح نيته ، وسنذكر ماذكر من وجه تصحيحه فى فصل إضافة الطلاق إن شاء الله تعالى .

[فروع] ألفاظ طلاق السنة على ما روى بشر عن أبى يوسف : للسنة وفى السنة وعلى السنة وطلاق سنة والعدة وطلاق عدة وطلاق العدل وطلاقا عدلا وطلاق الدين والإسلام ، وأحسن الطلاق وأجمله ، أو طلاق الحق أو القرآن أو الكتاب ، كل هذه تحمل على أوقات السنة بلا نية لأن كل ذلك لايكون إلا فى المأمور به . ولو قال طالق فى كتاب الله أو بكتاب الله أو معه ، فإن نوى طلاق السنة وقع فى أوقاتها ، وإلا وقع فى الحال لأن الكتاب يدل على الوقوع للسنة والبدعة فيحتاج إلى النية . ولو قال على الكتاب أو به أو على قول القضاة أو الفقهاء أو طلاق القضاة أو الفقهاء ، فإن نوى السنة دين ، وفى القضاء يقع فى الحال لأن قول القضاة والفقهاء يقتضى الأمرين ، فإذا خصص دين ولا يسمع فى القضاء لأنه غير ظاهر . ولو قال عدلية أو سنية وقع عند أبى يوسف للسنة ، ولو قال حسنة أو جميلة وقع فى الحال . وقال محمد فى الجامع الكبير : وقع فى الحال فى كليهما لأن هذه الصفات جاز أن توصف بها المرأة فلا تجعل للطلاق حتى يتأخر فيقع فى الحال ، واعتبر أبو يوسف الغالب وباقى هذا الفصل تشبيه الطلاق . ولو قال طالق للبدعة أو طلاق البدعة ونوى الثلاث فى الحال يقع لأنها تحتمل كلامه ،

الواقع فيه لأن بطلان المقتضى يوجب بطلان المقتضى فلا تصح نية الثلاث ، بخلاف ما إذا ذكر ثلاثا لأن الثلاث مذكور صريحا فتصح نيته . وذكر صاحب الأسرار وشمس الأئمة السرخسى وشيخ الإسلام أن نية الثلاث صحيحة جملة كما لو ذكر ثلاثا لأن التطليقة المختصة بالسنة المعرفة باللام نوعان : حسن ، وأحسن . فالأحسن أن يطلقها فى طهر لاجماع فيه . والحسن أن يطلق الثلاث فى ثلاثة أطهار ، فإذا نوى الثلاث فقد نوى أحد نوعى التطليقة المختصة بالسنة فتصح نيته . كما لو قال أنت طالق ثلاثا للسنة أو طلاقا للسنة . كذا فى بعض الشروح . وفيه نظر لأن المدعى وقوعها جملة ، ودليله يدل على التفريق على الأطهار كما ترى . ونقل قاضيخان فى الجامع الصغير عن الأصل أنه يقع جملة كما لو ذكر ثلاثا ، وفيه نظر لأنه يستلزم التساوى بين العبارة والاقتضاء

(قوله وفيه نظر لأنه يستلزم التساوى بين العبارة والاقتضاء) أقول : إن شئت تمام تحقيق الكلام وتبيين المرام فراجع كتب الأصول وانظر مباحث الاقتضاء (قال المصنف : ومن ضرورته تعميم الواقع فيه) أقول : قال الإتقانى : ولنا فيه نظر لأن تعميم الوقت لايستلزم تعميم الواقع فيه ، ألا يرى أنه لو قال لامرأته أنت طالق كل يوم ولم تكن له نية لاتقع إلا طلقة واحدة عندنا خلافا لزفر مع أن الوقت عام كما ترى من لفظ العموم ولم يلزم منه عموم الواقع انتهى . ولك أن تقول : وزان ماذكرته وزان قولنا زيد موجود كل يوم فيحمل على استمرار الطلاق الواحد إذا لم تكن له نية بخلاف قولنا أنت طالق للسنة فإنه يفيد اختصاص الطلاق لأوقات السنة إذا أريد تعميم الوقت والطلاق المستمر لايختص بوقت السنة بل يوجد كل وقت فلا مجال للحمل عليه بل يحمل على المتجدد فاللام فى قوله تعميم الوقت للعهد ، يعنى وقت السنة ، ومن ضرورة تعميم وقت السنة تعميم الواقع فيه فليتأمل

(فصل)

(ويقع طلاق كل زوج إذا كان عاقلا بالغا ، ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والنائم) لقوله عليه الصلاة والسلام « كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمجنون » ولأن الأهلية بالعقل المميز وهما عديما العقل

وكذا الواحدة فى الحيض والطهر الذى فيه جماع . وإن لم تكن له نية . فإن كان فى طهر فيه جماع أو فى حالة الحيض أو النفاس وقعت واحدة من ساعته . وإن كانت فى طهر لاجماع فيه لايقع للحال حتى تحيض أو يجامعها فى ذلك الطهر .

(فصــل)

(قوله ولا يقع طلاق الصبي) وإن كان يعقل (والمجنون والنائم) والمعتوه كالمجنون ، قيل هو القليل الفهم المختلط الكلام الفاسد التدبير لكن لايضرب ولا يشتم ، بخلاف المجنون . وقيل العاقل من يستقيم كلامه وأفعاله إلا نادرا والمجنون ضده ، والمعتوه من يكون ذلك منه على السواء ، وهذا يؤدى إلى أن لايحكم بالعته على أحد ، والأول أولى . وما قيل من يكون كل من الأمرين منه غالبا معناه يكثر منه . وقيل من يفعل فعل المجانين عن قصد مع ظهور الفساد والمجنون بلا قصد ، والعاقل خلافهما وقد يفعل فعل المجانين على ظن الصلاح أحيانا . والمبرسم والمغمى عليه والمدهوش كذلك ، وهذا (لقوله صلى الله عليه وسلم « كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمجنون ») والذى فى سنن الترمذى عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله » وضعفه . وروى ابن أبى شيبة بسنده عن ابن عباس رضى الله عنهما : لايجوز طلاق الصبي والمجنون . وروى أيضا عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أنه قال : كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه . وعلقه البخارى أيضا عن على رضى الله عنه ، والمراد بالجواز هنا النفاذ . وروى البخارى أيضا عن عثمان بن عفان رضى الله عنه أنه قال : ليس لمجنون ولا لسكران طلاق . لكن معلوم من كليات الشريعة أن التصرفات لاتنفذ إلا ممن له أهلية التصرف وأدرناها بالعقل والبلوغ خصوصا ما هو دائر بين الضرر والنفع خصوصا مالايحل إلا لانتفاء مصلحة ضده القائم كالطلاق فإنه يستدعى تمام العقل ليحكم به التمييز فى ذلك الأمر ، ولم يكف عقل الصبي العاقل لأنه لم يبلغ الاعتدال ، بخلاف ماهو حسن لذاته بحيث لايقبل حسنه السقوط وهو الإيمان حتى صح من الصبي العاقل ، ولو فرض لبعض الصبيان المراهقين عقل جيد لايعتبر لأن المدار صار البلوغ

فى العموم وهو خلاف المذهب ، فإن المقتضى لاعموم له عندنا ، ولعله سبب اختيار المصنف عدم الوقوع جملة ، والله أعلم .

(فصــل)

لما ذكر طلاق السنة لأنه الأصل وذكر ما يقابله من طلاق البدعة شرع فى بيان من يقع طلاقه ومن لايقع (ويقع طلاق كل زوج عاقل بالغ دون الصبي والمجنون والنائم لقوله عليه الصلاة والسلام « كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمجنون »)

(فصــل)

والنائم عديم الاختيار (وطلاق المكره واقع) خلافا للشافعى ، هو يقول إن الإكراه لايجامع الاختيار وبه يعتبر التصرف الشرعى ، بخلاف الهازل لأنه مختار فى التكلم بالطلاق . ولنا أنه قصد إيقاع الطلاق فى منكوحته فى حال أهليته فلا يعرى عن قضيته دفعا لحاجته اعتبارا بالطائع ، وهذا لأنه عرف الشرّين واختار أهونهما ، وهذا آية القصد

لانضباطه فتعلق به الحكم ؛ وكون البعض له ذلك لاينبى الفقه باعتباره لأنه إنما يتعلق بالمظانّ الكلية ؛ وبهذا يبعد مانقل عن ابن المسيب أنه إذا عقل الصبى الطلاق جاز طلاقه . وعن ابن عمر رضى الله عنهما : جواز طلاق الصبى ومواده العاقل ؛ ومثله عن الإمام أحمد ، والله أعلم بصحة هذه النقول (قوله وطلاق المكره واقع) وبه قال الشعبى والنخعى والثورى (خلافا للشافعى) وبقوله قال مالك وأحمد فيما إذا كان الإكراه بغير حق لايصح طلاقه ولا خلعه ، وهو مروى عن على وابن عمر وشريح وعمر بن عبد العزيز رضى الله عنهم لقوله صلى الله عليه وسلم «رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ولأن الإكراه لايجامع الاختيار الذى به يعتبر التصرف الشرعى بخلاف الهازل لأنه مختار فى التكلم بالطلاق غير راض بحكمه فيقع طلاقه . قلنا : وكذلك المكره مختار فى التكلم اختيارا كاملا فى السبب إلا أنه غير راض بالحكم لأنه عرف الشرّين فاختار أهونهما عليه . غير أنه محمول على اختياره ذلك ولا تأثير لهذا فى نفى الحكم ؛ يدل عليه حديث حذيفة وأبيه حين حلفهما المشركون . فقال لهما صلى الله عليه وسلم «نفى لهم بعهدهم ونستعين الله عليهم» فبين أن اليمين طوعا وكرها سواء ، فعلم أن لا تأثير للإكراه فى نفى الحكم المتعلق بمجرد اللفظ عن اختيار ، بخلاف البيع لأن حكمه يتعلق باللفظ وما يقوم مقامه مع الرضا وهو منتف بالإكراه . وحديث «رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» من باب المقتضى ولا عموم له ،

والمراد بالجواز النفاذ دون الحل الذى يقابل الحرمة لأن فعل الصبى والمجنون لايوصف بالحرمة فى المعاملات ، والنفوذ بالوقوع . فمعناه كل طلاق نافذ إلا طلاق الصبى والمجنون . ولأن أهلية التصرف بالعقل المميز ولا عقل للصبى والمجنون . أما المجنون فظاهر . وأما الصبى فلأن المراد به ماهو المعتدل منه ؛ والصبى وإن اتصف بالعقل حتى صح إسلام الصبى العاقل لكنه ليس بمعتدل قبل البلوغ فلا يعتبر فيما له فيه مضرة (والنائم عديم الاختيار) فى التكلم وشرط التصرف الاختيار فيه (وطلاق المكره واقع خلافا للشافعى ، هو يقول إن الإكراه لايجامع الاختيار) لإفساده إياه واعتبار التصرف الشرعى إنما هو بالاختيار (بخلاف الهازل فإنه مختار) فكان شرط التصرف فيه موجودا وقيد بقوله فى التكلم بالطلاق إشارة إلى أن المتعبر ذلك ، ألا ترى أن من أراد أن يقول لامرأته اسقنى فقال أنت طالق وقع وإن لم يكن مختارا الحكمه لكونه مختارا فى التكلم (ولنا أنه قصد إيقاع الطلاق فى منكوحته فى حال أهليته فلا يعرى عن قضيته) أى حكمه لئلا يلزم تخلف الحكم عن علته . وقوله قصد إيقاع الطلاق احتراز عن الإقرار به مكرها فإنه لغو لكونه خبرا يحتمل الصدق والكذب . وقيام السيف على رأسه دليل على أنه كاذب فيه . والمخبر عنه إذ كان كذبا فبالإخبار عنه لايصير صدقا . وقوله فى حال أهليته احتراز عن الصبى والمجنون . وتقرير حجته أن المكره قصد إيقاع الطلاق فى منكوحته فى حال أهليته لأنه عرف الشرين

(قال المصنف : ولنا أنه قصد إيقاع الطلاق) أقول : أى قصد التكلم بما هو موضوع لإيقاع الطلاق كذا قيل ، وفيه بحث (قوله والمراد بالجواز النفاذ دون الحل الذى يقابل الحرمة الخ) أقول : وأيضا لو أريد ذلك لكان الطلاق البدعى حلالا وليس كذلك (قوله والمخبر عنه إذا كان كذبا) أقول : أى غير واقع (قوله لايصير صدقا) أقول : أى واقعا .

والاختيار ، إلا أنه غير راض بحكمه وذلك غير مخل به كالهازل (وطلاق السكران واقع) واختيار الكرخي والطحاوى أنه لا يقع . وهو أحد قول الشافعي لأن صحة القصد بالعقل وهو زائل العقل فصار كزواله بالبنج والدواء .

ولا يجوز تقدير الحكم الذى يعم أحكام الدنيا وأحكام الآخرة بل إما حكم الدنيا وإما حكم الآخرة . والإجماع على أن حكم الآخرة وهو المؤاخذة مراد فلا يراد الآخر معه وإلا عم . وروى محمد بإسناده عن صفوان بن عمرو الطائى « أن امرأة كانت تبغض زوجها فوجدته نائما ، فأخذت شفرة وجلست على صدره ثم حركته وقالت لتطلقنى ثلاثا وإلا ذبحتك ، فناشدها الله فأبت ، فطلقها ثلاثا ، ثم جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم « لا قيلولة فى الطلاق » وروى أيضا عن عمر رضى الله عنه أنه قال : أربع مبهمات مقفلات ليس فيهن رد : النكاح ، والطلاق ، والعتاق ، والصدقة . وأما الوجه القائل إن الإكراه لا يزيل الخطاب فيما أكره فيه حتى يباح مرة ويفترض ويحرم أخرى فليس الكلام فى حل الإقدام وحرمته بل فى ترتب حكم ما حل أو وجب الإقدام عليه إذا كان تلفظا ، ولا يلزم من حل التلفظ دفعا للضرر عن نفسه ترتب حكمه إذا كان مما يضره فالوجه ما تقدم وجميع ما يثبت مع الإكراه أحكامه عشرة تصرفات : النكاح ، والطلاق ، والرجعة ، والإيلاء ، والفىء ، والظهار ، والعتاق ، والعفو عن القصاص ، واليمين ، والنذر ، وجمعتها ليسهل حفظها فى قولى :

يصح مع الإكراه عتق ورجعة ... نكاح وإيلاء طلاق مفارق

وفىء ظهار واليمين ونذره ... وعفو لقتل شاب عنه مفارقى

وهذا فى الإكراه على غير الإسلام ، وإلا فبالإكراه على الإسلام تم أحد عشر لأن الإسلام يصح معه (قوله وطلاق السكران واقع) وكذا عتاقه وخلعه ، وهو من لا يعرف الرجل من المرأة ولا السماء من الأرض . ولو كان معه من العقل ما يقوم به التكليف فهو كالصاحى . وما فى بعض نسخ المختصر من قوله يقع الطلاق إذا قال نويت به الطلاق : يعنى المكره والسكران فليس مذهبا لأصحابنا لأنه إذا قال نويت به أو ذكر كناية من الكنايات

الهلاك والطلاق واختار أهونهما . واختيار أهون الشرين آية القصد والاختيار وهو ظاهر ، وكل من قصد إيقاعه كذلك لا يعرى فعله عن حكمه كما فى الطائع إذ العلة فيه دفع الحاجة وهو موجود فى المكره لحاجته أن يتخلص عما توعد به من القتل أو الجرح . وقوله إلا أنه غير راض بحكمه جواب عما يقال لو كان المكره مختارا لما كان له اختيار فسخ العقود التى باشرها مكرها من البيع والشراء والإجارة وغيرها وليس كذلك . ووجهه أنه غير راض بحكمه فكان له فسخ العقود ، وأما ههنا فعدم الرضا بالحكم غير مخل به كالهازل وهو الذى يقصد السبب دون الحكم . فإن قيل : بين المكره والهازل فرق وهو يبطل القياس وذلك لأن المكره له اختيار فاسد وللهازل اختيار كامل والفاسد فى حكم العدم فلا يلزم من الوقوع فى الهازل الوقوع فى المكره . أجيب بأن للهازل اختيارا كاملا فى السبب ، أما فى حق الحكم وهو المقصود من السبب فلا اختيار له أصلا فكان اختيار الهازل أيضا غير كامل بالنظر إلى الحكم فكانا متساويين فكان اعتبار أحدهما بالآخر جائزا (وطلاق السكران واقع واختيار الكرخى والطحاوى عدمه) والوجه من الجانبين على ما ذكر فى الكتاب واضح ، خلا أن فى كلامه تسامحا لأنه جعل العقل زائلا بالسكر . وليس كذلك عندنا لأنه مخاطب ولا خطاب بلا عقل بل هو مغلوب . ولما كان المغلوب

(قوله إذ العلة فيه) أقول : أى فى الطلاق (قوله فكانا متساويين) أقول : أى من تلك الجهة .

ولنا أنه زال (بسبب هو معصية فجعل باقيا حكما زجرا له . حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع **نقول إنه لايقع طلاقه**

مثل أنت حرة فيجب أن يصدق فيقع بالإجماع . وفى شرح بكر : السكر الذى يصح به التصرفات أن يصير بحال بحيث يحسن مايستقبحه الناس أو يستقبح ما يستحسنه الناس لكنه يعرف الرجل من المرأة . وفى المسئلة خلاف عال بين التابعين ومن بعدهم . فقال بوقوعه من التابعين سعيد بن المسيب وعطاء والحسن البصرى وإبراهيم النخعى وابن سيرين ومجاهد وبه قال مالك والثورى والأوزاعى والشافعى فى الأصح وأحمد فى رواية . وقال بعدم وقوعه القاسم بن محمد وطاوس وربيعة بن عبد الرحمن والليث وإسحاق بن راهويه وأبو ثور وزفر . وقد ذكرناه عن عثمان رضى الله عنه ، وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما وهو مختار الكرخى والطحاوى ومحمد بن سلمة من مشايخنا . ووجهه أن أقل ما يصح التصرف معه وإن كان حكمه مما يتعلق بمجرد لفظه القصد الصحيح أو مظنته وليس له ذلك ، وهو أسوأ حالا من النائم لأنه إذا أوقظ يستيقظ ، بخلاف السكران ، وصار كزواله بالبنج والدواء وهو الأفيون ، وكون زوال عقله بسبب هو معصية لا أثر له وإلا صحت ردته ولا تصح . قلنا لما خاطبه الشرع فى حال سكره بالأمر والنهى بحكم فرعى عرفنا أنه اعتبره كقائم العقل تشديدا عليه فى الأحكام الفرعية . وعقلنا أن ذلك يناسب كونه تسبب فى زوال عقله بسبب محظور وهو مختار فيه فأدرنا عليه واعتبرنا أقواله ، وعلى هذا اتفق فتاوى مشايخ المذهبين من الشافعية والحنفية بوقوع طلاق من غاب عقله بأكل الحشيش وهو المسمى بورق القنب لفتواهم بحرمته بعد أن اختلفوا فيها ، فأفتى المزنى بحرمتها ، وأفتى أسد بن عمرو بحلها لأن المتقدمين لم يتكلموا فيها بشىء لعدم ظهور شأنها فيهم . فلما ظهر من أمرها من الفساد كثيرا وفشا عاد مشايخ

كالمعدوم وأطلق الزوال مجاراة للخصم لم يضره ذلك . واعترض بوجهين : أحدهما أن شرب المسكر كسفر المعصية فما بال السفر صار سببا للتخفيف دون شرب المسكر . والثانى أنه لما جعل العقل باقيا فى الطلاق حكما زجرا له كانت الردة والإقرار بالحدود الخالصة أولى لأن الزجر والعقوبة هناك أتم . وأجيب عن الأول بأن الشرب نفسه معصية ليس فيه إمكان انفصال ولا جهة إباحة تصلح لإضافة التخفيف إليها فجعل باقيا زجرا ، بخلاف سفر المعصية فإن نفس السفر ليس بمعصية وأمكن انفصالها عنه ابتداء وانتهاء فكانت جهة إباحته تصلح لإضافة التخفيف والترخص إليها . وعن الثانى بأن الركن فى الردة الاعتقاد ، والسكران غير معتقد لما يقول فلا يحكم بردته لانعدام ركنها لا للتخفيف عليه بعد تقرر السبب . وأما الإقرار بالحدود فإن السكران لايكاد يثبت على شىء فيجعل راجعا عما أقر به فيؤثر فيما يحتمل الرجوع . وفى قوله بسبب هو معصية إشارة إلى شيئين : أحدهما الفرق بين الشرب وسفر المعصية كما ذكرنا . والثانى أن هذا الحكم مرتب على سكر يكون محظورا . وأما غيره فهو أن يكون من مباح كالبنج ولبن الرماك والخمر إذا أكره على شربها بالقتل فهو كالإغماء فى حق منع وقوع الطلاق والعتاق وأكد ذلك بقوله (حتى لوشرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول إنه لايقع طلاقه) لأنه لم يكن زواله بمعصية . واعترض

(قوله وليس فيه إمكان انفصال) أقول : يعنى نظرا إلى نفسه وإن كان الانفصال نظرا إلى الإكراه وحالة الاضطرار لايضر ذلك ، بخلاف السفر فإنه نظرا إلى نفسه ليس بمعصية بل كونه معصية إنما هو بالنظر إلى الغير (قوله وأما الإقرار بالحدود فإن السكران لايكاد يثبت على شىء فيجعل راجعا عما أقر به الخ) أقول : إذا جعل مع زوال عقله غير زائل العقل زجرا فلم يجعل مع عدم رجوعه راجعا فإن ذلك ليس بمناسب للزجر .

. . . .

المذهبين إلى تحريمها وأفتوا بوقوع الطلاق ممن زال عقله بها ، وهذا الوجه من الجانبين يفيد أن الخلاف فى صحة تصرفات السكران بالمعنى الأول وهو من لاعقل له يميز به الرجل من المرأة إلى آخره ، وبه يبطل قول من ادعى أن الخلاف إنما هو فيه بمعنى عكس الاستحسان والاستقباح مع تمييزه الرجل من المرأة . والعجب ماصرح به فى بعض العبارات من أن معه من العقل مايقوم به التكليف ، إذ لاشك أن على هذا التقدير لايتجه لأحد أن يقول لايصح تصرفاته ، أما ذلك الخطاب فقوله تعالى - يا أيها الذين آمنوا لاتقربوا الصلاة وأنتم سكارى - لأنه إن كان خطابا له حال سكره فنص ، وإن كان قبل سكره يستلزم أن يكون مخاطبا فى حال سكره ، إذ لايقال إذا جننت فلا تفعل كذا ، وبدلالات النصوص والإجماع ، فإنه لما ألحق بالصاحى فيما لايثبت مع الشبهة وهو الحدود والقصاص حتى حد وقتل إذا قذف وقتل فلأن يلحق به فيما يثبت مع الشبهة كالطلاق والعتاق أولى . وإنما لم يعتبر إقراره بما يوجب الحد لأن حاله وهو كونه لايثبت على شىء يوجبه راجعا عما أقر به عقيبه . وعدم صحة ردته لأن صريح النص ما اعتبر عقله باقيا إلا فيما هو من فروع الدين ، فلو أثبتناه فى أصل الدين كان بالقياس ، ولا يلزم من التشديد عليه فيما لايوجب إكفاره التشديد فيما يوجبه ، ولأن الإكفار والحالة هذه إنما يكون احتياطا . ولا يحتاط فى الإكفار بل يحتاط فى عدمه ، ولأن ركنها الاعتقاد وهو منتف . لايقال : يلزم عدم إكفار الهازل لأنه أيضا لايعتقد ماقاله من الكفر هزلا والواقع إكفاره . لأنا نقول : إكفاره بالاستخفاف بالدين والاستخفاف بالدين كفر وهو منتف فى السكران لأن زائل العقل لايوصف بأنه مستخف بشىء ، وفى جمل الفقه لأن إبقاء عقله للزجر والحاجة إلى الزجر فيما يغلب وجوده والردة لايغلب وجودها ولأن جهة زوال العقل تقتضى بقاء الإسلام وجهة بقائه زواله فترجح جهة البقاء لأن الإسلام يعلو ولا يعلى ، وعدم الوقوع بالبنج والأفيون لعدم المعصية فإنه يكون للتداوى غالبا فلا يكون زوال العقل بسبب هو معصية حتى لو لم يكن للتداوى بل للهو وإدخال الآفة قصدا ينبغى أن نقول يقع . فإن عبد العزيز الترمذى قال : سألت أبا حنيفة وسفيان عن رجل شرب البنج فارتفع إلى رأسه فطلق امرأته قالا : إن كان حين شرب يعلم أنه ماهو تطلق امرأته ، وإن لم يعلم لم تطلق ومعلوم أن الضرورة مبيحة ، فكان محمل هذا ماقلنا ، وعن ذلك قلنا : إذا شرب الخمر فصدع فزال عقله بالصداع فطلق لايقع ، والحكم لايضاف إلى علة العلة كالشرب إلا عند عدم صلاحية العلة : أعنى الصداع للقطع بأن أثرها لايصل إلى المعلول الأخير ، ولو تنزلنا فالشرب ليس موضوعا للصداع بل يثبت الصداع اتفاقا عند استعداد الطبيعة له فى ذلك الوقت فصار الشرب الذى وجد عنه الصداع الذى عنه زوال العقل كسفر المعصية لما لم يكن موضوعا للمعصية لم يوجب التشديد بل يمنع الترخص فلم يضف زوال العقل إليه ليثبت التشديد بخلاف الشرب الذى لم يحدث عنه صداع مزيل للعقل بل زال به حيث تعلق به التشديد لإضافة زوال العقل إليه وهو المعصية ، وعلى هذا لو شربها مكرها أو لإساغة لقمة ثم سكر لايقع عند الأئمة الثلاثة ، وبه قال بعض مشايخنا وفخر الإسلام وكثير منهم على أنه يقع لأن عقله زال عند كمال التلذذ وعند ذلك لم يبق مكرها : والأول أحسن لأن موجب الوقوع عند زوال العقل ليس إلا التسبب فى زواله بسبب محظور وهو منتف . . والحاصل أن السكر بسبب مباح كمن أكره على شرب الخمر والأشربة الأربعة المحرمة أو اضطر لايقع طلاقه وعتاقه ، ومن سكر منها مختارا

بأن الصداع أثر الشرب فكان علة العلة ، والحكم يضاف إليها كما يضاف إلى العلة ، فما باله لم يكن كذلك ؟ وأجيب بأن الإضافة إلى العلة العلة إنما تكون إذا لم تكن العلة صالحة للإضافة ، وههنا صالحة لذلك لأن زوال

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

(وطلاق الأخرس واقع بالإشارة) لأنها صارت معهودة فأقيمت مقام العبارة دفعا للحاجة . وستأتيك وجوهه فى آخر الكتاب إن شاء الله تعالى (وطلاق الأمة ثنتان حرا كان زوجها أو عبدا ، وطلاق الحرة ثلاث حرا كان زوجها أو عبدا) وقال الشافعى : عدد الطلاق معتبر بحال الرجال لقوله عليه الصلاة والسلام « الطلاق بالرجال والعدّة بالنساء » ،

اعتبرت عباراته . وأما من شرب من الأشربة المتخذة من الحبوب والعسل فسكر وطلق لايقع عند أبى حنيفة وأبى يوسف خلافا لمحمد ، ويفتى بقول محمد لأن السكر من كل شراب محرم (قوله وطلاق الأخرس واقع بالإشارة لأنها صارت مفهومة فكانت كالعبارة) فى الدلالة استحسانا فيصح بها نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه سواء قدر على الكتابة أو لا ، وهذا استحسان بالضرورة فإنه لو لم يعتبر منه ذلك أدى إلى موته جوعا وعطشا وعريا ، ثم رأينا أن الشرع اعتبرها منه فى العبادات ؛ ألا ترى أنه إذا حرك لسانه بالقراءة والتكبير كان صحيحا معتبرا فكذا فى المعاملات . وقال بعض الشافعية : إن كان يحسن الكتابة لايقع طلاقه بالإشارة لاندفاع الضرورة بما هو أدل على المراد من الإشارة وهو قول حسن ، وبه قال بعض مشايخنا . ولا يخفى أن المراد من الإشارة التى يقع بها طلاقه الإشارة المقرونة بتصويت منه لأن العادة منه ذلك فكانت الإشارة بيانا لما أجمله الأخرس ويتصل بما ذكرنا كتابة الطلاق والأخرس فيها كالصحيح ، فإذا طلق الأخرس امرأته بالكتابة وهو يكتب جاز عليه من ذلك مايجوز على الصحيح لأنه عاجز عن الكلام قادر على الكتاب ، فهو والصحيح فى الكتاب سواء ، وسنفصله إن شاء الله تعالى موصولا بكنايات الطلاق (قوله وطلاق الأمة ثنتان حرا كان زوجها أو عبدا ، وطلاق الحرة ثلاث حرا كان زوجها أو عبدا . وقال الشافعى : عدد الطلاق معتبر بالرجال والعدة بالنساء) فإن كان الزوج عبدا وهى حرة حرمت عليه بتطليقتين ، وإن كان حرا وهى أمة لاتحرم عليه إلا بثلاث . ونقل أن الشافعى لما قال عيسى بن أبان له : أيها الفقيه إذا ملك الحر على امرأته الأمة ثلاثا كيف يطلقها للسنة؟ قال : يوقع عليها واحدة ، فإذا حاضت وطهرت أوقع أخرى ، فلما أراد أن يقول فإذا حاضت وطهرت قال له حسبك . قد انقضت عدتها فلما تحير رجع فقال ليس فى الجمع بدعة ولا فى التفريق سنة ، وبقول الشافعى قال مالك وأحمد وهو قول عمر وعثمان وزيد بن ثابت رضى الله عنهم ، وبقولنا قال الثورى وهو مذهب علىّ وابن مسعود رضى الله عنهما . له ماروى عنه صلى الله عليه وسلم «الطلاق بالرجال والعدة بالنساء» قابل بينهما . واعتبار العدة بالنساء من حيث العدد فكذا ما قوبل به تحقيقا للمقابلة فإنه حينئذ أنسب من أن يراد به الإيقاع بالرجال ، ولأنه معلوم من قوله تعالى ـ فطلقوهن لعدتهن ـ وفى موطأ مالك أن نفيعا مكاتبا كان لام سلمة زوج النبى صلى الله عليه وسلم

العقل مما يؤثر فى عدم الوقوع كما إذا جنّ . وقوله (وطلاق الأخرس واقع) ظاهر . وقوله (وطلاق الأمة ثنتان) أنث الطلاق باعتبار التطليقة وكلامه ظاهر . ووجه الاستدلال له بقوله عليه الصلاة والسلام « الطلاق بالرجال والعدة بالنساء » أنه عليه الصلاة والسلام قابل الطلاق بالعدة على وجه يختص كل واحد منهما بجنس على حدة ؛ ثم اعتبار العدة بالنساء من حيث القدر فيجب أن يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث القدر تحقيقا للمقابلة ولأن صفة المالكية كرامة ، وكل ماهو كرامة فالآدمية مستدعية لها لكونه مكرّما بتكريم الله ؛ قال الله تعالى ـ ولقد كرّمنا بنى آدم ـ الآية ، ومعنى الآدمية فى الحر أكمل لصلاحيته لما لايصلح له العبد من الولاية والشهادة وخلوصه

(قوله فإن قلت : الدليل أخص من المدعى لأن المدعى أن الطلاق بالزوج حرا كان أو عبدا ، والدليل يدل على أن الزوج إذا كان حرا كان مالكا الخ) أقول : فيه أن حال العبد علم من قوله ومعنى الآدمية فى الحر أكمل فكان مالكيته أبلغ وأكثر ، فإن الأفعل يقتضى التشريك

ولأن صفة المالكية كرامة والآدمية مستدعية لها . ومعنى الآدمية فى الحر أكمل فكانت مالكيته أبلغ وأكثر . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان »

أو عبدا لها كان تحته امرأة حره فطلقها ثنتين ثم أراد أن يراجعها فأمره أزواج النبى صلى الله عليه وسلم أن يأتى عثمان فيسأله عن ذلك فلقيه عند الدرج آخذا بيد زيد بن ثابت فسألهما فابتدراه جميعا فقالا حرمت عليك حرمت عليك (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان ») رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه والدارقطنى عن عائشة ترفعه وهو الراجح الثابت ، بخلاف ما رواه وما مهد من معنى المقابلة لأنه فرع صحة الحديث أو حسنه ولا وجد له حديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بطريق يعرف . وقال الحافظ أبو الفرج بن الجوزى : موقوف على ابن عباس ، وقيل من كلام زيد بن ثابت . وحديث الموطإ موقوف عليه وعلى عثمان وهو لايرى تقليد الصحابى . والإلزام إنما يكون بعد الاستدلال لأن حقيقته نقض مذهب الخصم بما لايعتقده الملزم صحيحا ؛ ولا يكون نقض مذهب خصمه فقط يوجب صحة مذهب نفسه إلا بطريق عدم القائل بالفصل . وهذا لايكون إلا إذا كان مانقض به مما يعتقده صحيحا وهو منتف عنده فى مذهب الصحابى . فهو فى مذهبه وفى معتقده غير منقوض فلم يثبت لمذهبه دليل يقاوم ما روينا . فإن قلت : قد ضعف أيضا ما رويتم بأنه من رواية مظاهر ولم يعرف له سوى هذا الحديث . قلنا أولا تضعيف بعضهم ليس كعدمه بالكلية كما هو فيما رويتم . وثانيا بأن ذلك التضعيف ضعيف ؛ فإن ابن عدى أخرج له حديثا آخر عن المقبرى عن أبى هريرة عنه صلى الله عليه وسلم « أنه كان يقرأ عشر آيات فى كل ليلة من آخر آل عمران » وكذا رواه الطبرانى ، ثم منهم من ضعفه عن أبى عاصم النبيل فقط ، ومنهم من نقل عن ابن معين وأبى حاتم والبخارى تضعيفه لكن قد وثقه ابن حبان وأخرج الحاكم حديثه هذا عنه عن القاسم عن ابن عباس قال : ومظاهر شيخ من أهل البصرة ولم يذكره أحد من متقدمى مشايخنا بجرح ، فإذن إن لم يكن الحديث صحيحا كان حسنا ، ومما يصحح الحديث أيضا عمل العلماء على وفقه . وقال الترمذى عقيب روايته : حديث غريب ، والعمل عليه عند أهل العلم من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرهم . وفى الدارقطنى : قال القاسم وسالم : عمل به المسلمون ، وقال مالك : شهرة الحديث بالمدينة تغنى عن صحة سنده

عن معنى المالية التى تجعل المملوك فى قرن البهائم ملزوزا (فكانت مالكيته أبلغ) فإن قلت : الدليل أخص من المدعى ، لأن المدعى أن الطلاق بالزوج حرا كان أو عبدا ، والدليل يدل على أن الزوج إذا كان حرا كان مالكا . قلت : إذا ثبت ذلك للحر ثبت للعبد لعدم القائل بالفصل . ومذهبه قول عمر وزيد بن ثابت (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان ») ووجه الاستدلال أنه عليه الصلاة والسلام ذكر الأمة بلام التعريف ولم يكن ثم معهود فكان للجنس . وهو يقتضى أن يكون طلاق هذا الجنس ثنتين ، فلو كان اعتبار الطلاق بالرجال لكان لبعض الإماء ثنتان فلم تبق اللام للجنس . فإن قيل : يجوز أن يكون المراد بها الأمة تحت عبد عملا بالحديثين . أجيب بأنه يفضى إلى أن يكون الهاء فى « وعدتها » عائدة إليها فيكون تخصيصا لها بكون عدتها حيضتين ، إذ لا مرجع للضمير سواها ، وليس كذلك فإن عدة الأمة حيضتان سواء كانت تحت حر أو عبد بالاتفاق . وفيه نظر لجواز أن يكون من باب الاستخدام يكون المراد بالأمة الأمة تحت عبد ، والضمير عائد

فى أصل الفعل (قوله لكان لبعض الإماء) أقول : يعنى لايكون لكل الإماء (قوله أجيب بأنه يفضى ، إلى قوله : فيكون تخصيصا لها الخ) أقول : مفهوم المخالفة غير معتبر عندنا مطلقا وعند الشافعية أيضا إذا كان فى مقابلة المنطوق ، وهنا كذلك وهو قوله صلى الله عليه وسلم

ولأن حل المحلية نعمة في حقها ، وللرق أثر في تنصيف النعم إلا أن العقدة لاتتجزأ فتكاملت عقدتان ، وتأويل ما روى أن الإيقاع بالرجال (وإذا تزوّج العبد امرأة) بإذن مولاه وطلقها (وقع طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته) لأن ملك النكاح حق العبد فيكون الإسقاط إليه دون المولى .

انتهى ، والله أعلم (قوله ولأن حل المحلية نعمة) تزيد بزيادته ، ولذا اتسع حله صلى الله عليه وسلم عند زيادة فضله (وللرق أثر في تنصيف النعمة) في الشرع كما عرف (إلا أن العقدة لاتتجزأ فتكاملت عقدتان) يعني يلزم لتنصيف النعمة أن يتزوّجها مرة ونصفا عقيب طلاقه إياها ، لكن العقدة لاتتجزأ فكملت كالطلقة والحيضة في حقها ، ثم لو تم أمر ما رواه كان المراد به أن قيام الطلاق بالرجال ، لأنه لو كان احتمالا للفظ مساويا لتأيد بما رويناه فكيف وهو المتبادر إلى الفهم من ذلك اللفظ كما هو في قولهم الملك بالرجال (قوله وإذا تزوّج العبد امرأة وقع عليها طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته لأن ملك النكاح يثبت للعبد) لأن ملكه من خصائص الآدمية وهو فيها مبقى على أصل الحرية إلا أنه يحتاج في ابتداء تملكه إياه إلى إذن المولى لأنه لم يشرع بلا مال في حق الابتداء والبقاء في حق النفقة وتعلق الدين بالعبد يقع متعلقا برقبته بحيث تؤخذ هي فيه وفي ذلك ضرر بالمولى فيتوقف على رضاه به والتزامه إياه ، فإذا التزمه حتى ثبت له الملك كان إليه دفعه لا إلى غيره . وفي سنن ابن ماجه من طريق ابن لهيعة عن ابن عباس رضي الله عنهما « جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم رجل فقال : يارسول الله سيدى زوّجني أمته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها ، فصعد النبي صلى الله عليه وسلم المنبر فقال : يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوّج عبده من أمته ثم يريد أن يفرق بينهما ، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق» ورواه الدارقطني أيضا من غيرها ، والله أعلم .

[فرع] الوكيل بالطلاق إذا لم يكن بمال لاينعزل بطلاق الموكل سواء طلقها الموكل بائنا أو رجعيا فللوكيل أن يطلقها بعد ذلك مادامت في العدة ، وإذا انقضت عدتها ينعزل ، حتى لو تزوّجها الموكل بعد العدة لايقع طلاق الوكيل عليها ، بخلاف مالو تزوّجها قبل انقضاء العدة فيما إذا كان الطلاق بائنا فإنه لو طلقها الوكيل وقع عليها ، والله أعلم بالصواب .

إلى مطلق الأمة . والجواب أن ذلك خطابة لاتجدى في مقام الاستدلال (ولأن حل المحلية) أي حل أن تكون المرأة محل النكاح نعمة في حق المرأة لأنها تتوصل بذلك إلى درور النفقة والكسوة والسكنى والازدواج وتحصين الفرج وغيرها ، وما هو نعمة في حقها يتنصف بالرق ، فإن للرق أثرا في تنصيف النعم في الرجال ، فإن العبد لايملك من التزوّج ما فوق الاثنتين فكذا في حق النساء فإنها لاتتزوّج مع الحرة ولا بعدها ، وكان ذلك يقتضى أن لايملك الزوج عليها إلا عقدة ونصفا : أي طلقة ونصف طلقة تنقيصا لحل المحلية (إلا أن العقدة لاتتجزأ فتكاملت عقدتان) ومذهبنا قول على وابن مسعود . وقوله (وتأويل ماروى) يعني قوله « الطلاق بالرجال » أن الإيقاع بالرجال . فإن قيل : هذا معلوم فلا يحتاج إلى ذكره خاصة . أجيب بل كان إلى ذكره حاجة لأن المرأة في الجاهلية إذا كرهت الزوج غيرت البيت وكان ذلك طلاقا منها فرفع ذلك بقوله « الطلاق بالرجال » (وإذا تزوّج العبد امرأة وطلقها وقع الطلاق ولا يقع طلاق مولاه على امرأته لأن ملك النكاح حق العبد) لكونه من خواص الآدمية والعبد مبقى فيها على أصل الحرية فكان يجب أن يملك النكاح دون إذن مولاه ، لكن لو قلنا به تضرر المولى فيه فتركناه لأجله .

« العدة بالنساء » (قوله والجواب أن ذلك خطابة) أقول : أي ما ذكره الخصم في وجه الاستدلال من أنه يجب أن يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث القدر تحقيقا للمقابلة .

انتهى الجزء الثالث من كتاب شرح فتح القدير : ويليه الجزء الرابع ، وأوله : باب إيقاع الطلاق

فهـــرس

الجزء الثالث

من شرح فتح القدير - للإمام ابن الهمام الحنفى








Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

